الخُلع

كما شرعه الإسلام

دكتـــور
سامح عبد السلام محمد

1432 هـ - 2011 م
دار النهضة العربية
32 شارع عبد الخالق ثروت

١٨٠٦٨١
٢٥٤،٢
م سح

الخـلع
كما شرعه الإسلام

الدكتور
سامح عبد السلام محمد

الطبعة الأولى
٢٠١١
الناشر
دار النهضة العربية

رقم الإيداع
2011/23681
I.S.B.N
978-977-04-6594-4

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي ظَلَمْتُ نَفْسِي فَاغْفِرْ لِي فَغَفَرَ لَهُ إِنَّهُ هُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ ﴿١٦﴾ قَالَ رَبِّ بِمَا أَنْعَمْتَ عَلَيَّ فَلَنْ أَكُونَ ظَهِيرًا لِلْمُجْرِمِينَ ﴿١٧﴾ ﴾ (١)

صدق الله العظيم

(١) سورة القصص الآية ١٦ – ١٧.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، أحمده تعالى حمد من يحيا على فضله ويفتقر إلى المزيد من عطائه، سبحانه لا راد لفضله ولا معقب لحكمه وقضائه ﴿ مَّا يَفْتَحِ ٱللَّهُ لِلنَّاسِ مِن رَّحْمَةٍ فَلَا مُمْسِكَ لَهَا ۖ وَمَا يُمْسِكْ فَلَا مُرْسِلَ لَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦ ۚ وَهُوَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْحَكِيمُ ﴾(١).

وأشهد ألاَّ إله إلاَّ الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه وتمسك بهديه إلى يوم الدين.

وبعد

١- فإنه لشرف عظيم أن يَمُنَّ الله على مقدم هذا البحث بأن يجعله من الباحثين فى الشريعة الإسلامية الغراء المنقبين عن كنوزها، الموضحين لأحكامها وثرائها وعظمتها.

ولطالما يدعو الإنسان ربه أن يجعله من الذين يعلمون فيعملون، ويعملون فيخلصون، ويخلصون فيقبلون.

فلا يكون هذا البحث للجاه أو للمال، ولا للتكاثر بالعلم لمنافسة العلماء أو مماراة الجهلاء أو الاستعلاء على الناس.

وإنما يكون خالصاً لوجه الله الكريم، عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن

---

(١) سورة فاطر – الآية رقم ٢.

كـــانت هجرته لله ورسوله فهجرته لله ورسوله، ومن كانت هجرته لـــدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه"[1].

أسباب اختيار موضوع البحث

٢- قد أثار القانون رقــم (١) لــسنة ٢٠٠٠ بــشأن تنظــيم أوضـــاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية - قبل وبعد صـــدوره - الكثير من الجـــدل والمناقشات خاصة بالنسبة لما استحدثه من تنظيم لإيقاع الخلع عن طريق التقاضي، كما أن التطبيق العلمى أمام المحاكم قد صاحبه الكثير من الجدل والملاحظات كذلك.

٣ - وقد لاحظت عدم وجود دراسة فقهية مكتملة لهذا الموضوع، رغم تناول الفقهاء القدامى له فى مصنفاتهم وبيانهم لأحكامه وآثاره.

ولاشك أن موضوعاً كهذا - أى الخلع - له أهمية كبيرة، شأنه فى ذلك شأن سائر الموضوعات المتعلقة بالأسرة فى الإسلام، الأمر الذى يستوجب وجود بحث مفصل عن هذا الموضوع، ودراسة علمية مقارنة توضح الآراء المختلفة فى الفقه الإسلامي وتتناول موضوع الخلع مـــع بيـــان الأحكـــام الشرعية الأصيلة التى تتعلق به، ليتضح - من ذلـــك - موقـــف القـــانون المستحدث من أحكام الشريعة الغراء فى موافقته لها أو ابتعاده عنها.

---

(١) رواه البخارى -واللفظ له- فى عدة مواضع منها كتاب بـــدء الـــوحى ج١ ص٣، ومسلم فى كتاب الإمارة ج٣ ص١٥١٥ وغيرهم كثير.

وقيل من أراد أن يصنف كتاباًفليبدأ به وهو من الأحاديث التى يدور عليها الدين، كما روى عن الشافعى قوله: هذا الحديث ثلث العلم ويدخل فى سبعين باباً مـــن الفقـــه (جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى ص١٧،١٨)

ولهذه الأسباب آثرت اختيار هذا الموضوع قاصداً وجه الله الكريم لسد ثغرة، ومحاولة لتقديم هذه الدراسة العلمية المفتقدة.

منهج البحث

٤ – وأما عن المنهج الذى اتبعته لإنهاء هذه الدراسة فهو المنهج المقارن الذى يقوم على ذكر المسألة ثم بيان آراء الفقهاء فيها وأدلة كل رأى مع مناقشة هذه الأدلة ومحاولة الموازنة بينها إن كان الأمر يحتاج إلى ترجيح.

وقد حاولت – جهدى – أن أجعل المقارنة بين ثمانية مذاهب وهى:

١) مذهب الحنفية.
٢) مذهب المالكية.
٣) مذهب الشافعية.
٤) مذهب الحنابلة.
٥) مذهب الظاهرية.
٦) مذهب الزيدية.
٧) مذهب الجعفرية.
٨) مذهب الاباضية.

- غير أنه فى كثير من المسائل لم أكن أذكر الرأى فى بعض هذه المذاهب، لعدم اطلاعى على رأى لها فى المسألة التى أتناولها.
- ثم كنت أحاول أن أوضح موقف المقنن المصرى فى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

مصادر البحث

٥ - وقد استقى هذا البحث مادته من كتاب الله تعالى - وكتب التفاسير المعتبرة، وكذا كتب السنة النبوية المطهرة - ومعاجم اللغة وبعــض كتــب التراجم.

- كما رجعت - فى بحثى عن رأى كل مذهب - إلى المصادر المعتمدة فى المذهب، فضلاً عن الاستعانة ببعض المصادر العامة والحديثــة، وكتب أساتذتنا ومشايخنا فى أحكام الأسرة وفرق النكاح وذلــك كلــه على النحو المشار إليه بهوامش هذا البحث.

خطة البحث

٦ - يشتمل هذا البحث على مقدمه، وباب تمهيــدي، وأربعــة أبــواب أخرى وخاتمة، ثم ملاحق تضم بعض النصوص والتطبيقات العملية للنص المستحدث وذلك على النحو التالى:-

المقدمة

فى بيان أسباب اختيار الموضوع وبيان منهج ومصادر وخطة البحث.

الباب الأول

فى تعريف الخلع وبيان مشروعيته والحكمة من تشريعه، ويشتمل على عدة فصول كما يلى:-

الفصل الأول: فى تعريف الخلع لغة وشرعاً وقانوناً وينقسم إلى ثلاثــة مباحث كما يلى:-

المبحث الأول: فى تعريف الخلع لغة.

المبحث الثانى: فى تعريف الخلع شرعاً.

المبحث الثالث: فى الخلع قانوناً.

الفصل الثانى: فى مشروعية الخلع والحكمة من تشريعه وينقسم إلى خمسة مباحث كما يلى:-

المبحث الأول: المجوزون للخلع وأدلتهم.

المبحث الثانى: المانعون للخلع وأدلتهم.

المبحث الثالث: الرأى الراجح وسبب الترجيح.

المبحث الرابع: بيان الحكمة من تشريع الخلع.

المبحث الخامس: الحكم التكليفى للخلع.

الباب الثانى

فى أركان الخلع ويشتمل على ثلاثة فصول كما يلى:-

الفصل الأول: فى صيغة الخلع وينقسم إلى أربعة مباحث كما يلى:

المبحث الأول: الألفاظ التى يقع بها الخلع.

المبحث الثانى: الإشهاد على وقوع الخلع.

المبحث الثالث: في تعليق صيغة الخلع على شرط أو إضافتها إلى أجل.

المبحث الرابع: الخلع بالمعاطاة.

الفصل الثانى: فى عوض الخلع وينقسم إلى أربعة مباحث كما يلى:-

المبحث الأول: فى مشروعية أخذ العوض.

المبحث الثانى: فى مقدار العوض المخالع عليه.

المبحث الثالث: فيما يجوز أن يكون عوضاً.

المبحث الرابع: فى النزاع فى العوض

الفصل الثالث: في طرفي الخلع ومـــا يشترط فيهما وينقسم إلى مبحثين كما يلى:-

المبحث الأول: فى المخالع وما يشترط فيه.

المبحث الثانى: فى المخالعة وما يشترط فيها.

الباب الثالث

فى النيابة فى الخلع ويشتمل على فصلين كما يلى:-

الفصل الأول: الوكـــالة فى الخلع وينقسم إلى ثلاثة مباحث كما يلى:-

المبحث الأول: جواز الوكالة فى الخلع.

المبحث الثانى: فيمن تصح وكالته فى الخلع.

المبحث الثالث: فى خلع الأجنبى.

الفصل الثانى: فى مخالعة القاضى وينقسم إلى ثلاثة مباحث كما يلى:-

المبحث الأول: فى مدى توقف الخلع على حكم القاضى.

المبحث الثانى: فى مدى جواز إجبار الزوج على الخلع قضاء.

المبحث الثالث: فى ندب الحكمين.

الباب الرابع

فى آثار الخلع، ويشتمل على ثلاثة فصول كما يلى:-

الفصل الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين.

الفصل الثانى: فى وجوب العدة وينقسم إلى مبحثين كما يلى:-

المبحث الأول: بيان عدة المختلعة.

المبحث الثانى: فى مسألة هل يلحق المختلعة طلاق وظهار وإيلاء؟

الفصل الثالث: في الحقوق المالية وينقسم إلى مبحثين هما:-

المبحث الأول: فى نفقة المختلعة.

المبحث الثانى: فى نفقة الأولاد.

الخاتمة

ونشير فيها إلى أهم نتائج البحث.

٧ - وقد كان أصل هذا البحث هو أطروحة الدكتوراه التى ناقشها الباحث فى أوائل عام ٢٠٠٥ م وحصل بها على درجة دكتور فى الحقوق من قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة القاهرة بتقدير جيد جداً، غير أنه قد تم حذف الباب التمهيدى وملحقات الرسالة وبعض فهارسها وتراجم الاعلام بها، كما تمت إعادة صياغة لبعض الفقرات حتى يتم تبسيط البحث وتخف الصبغة الأكاديمية التى لا تهم القارئ كثيراً فى هذه الطبعة، و يبقى ما حظى به هذا البحث من شرف مستمد من العلماء الأعلام الذين تابعوه وناقشوه: أستاذنا الحبيب الدكتور / أنور محمود دبور أستاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية سابقاً - بكلية الحقوق - جامعة القاهرة، والذى تفضل مشكوراً بالإشراف على هذا البحث، وعالمنا الجليل الدكتور / رمضان الشرنباصى أستاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية - بكلية الحقوق - جامعة الأسكندرية، وفضيلة الأستاذ الدكتور / عبد العزيز رمضان سمك أستاذ الشريعة الاسلامية - بكلية الحقوق - جامعة القاهرة.

جزاهم الله عن تلامذتهم وأبنائهم خير الجزاء.

وأسأل الله أن يتقبل منهم ومنى هذا العمل وأن يجعلــه فــى مــوازين حسناتنا يوم القيامة ... إنه سبحانه سميع مجيب.

د / سامح عبد السلام محمد

الباب الأول

فى تعريف الخلع

وبيان مشروعيته والحكمة من تشريعه

الفصل الأول
في تعريف الخلع
لغة وشرعاً وقانوناً

تمهيد وتقسيم

٨ – نعرض في هذا الفصل – بإذن الله – لتعريف الخلع في اللغة العربية، ثم لتعريفه عند القدامى والمحدثين من السادة الفقهاء وعلماء الشريعة الإسلامية محاولين أن نتتبع تعريف الخلع في كل مذهب من المذاهب الإسلامية، وقد كان الدافع لتتبع تعريف الخلع فى المذاهب المختلفة هو أن يكون الأمر أيسر فى التناول وأدعى للفهم، ولمعرفة نهج كل مذهب فى تناوله لموضوع الخلع إذ أنه – غالباً – ما ينضح رأى المرء فى قضية ما على تعريفه لها، فيكون فهم التعريف باباً لفهم المذهب، كما أنه بعرض هذه التعاريف يتضح الفرق بين الخلع وبين غيره من صور الفرقة التى قد تختلط به.

ثم نعرض إلى موقف قوانين الأحوال الشخصية المتعاقبة من موضوع (الخلع) وكيفية تنظيمه، وعلى هذا فإن هذا الفصل سينقسم إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي: –

المبحث الأول: في تعريف الخلع لغة.

المبحث الثاني: في تعريف الخلع شرعاً.

المبحث الثالث: الخلع في قوانين الأحوال الشخصية.

المبحث الأول
في
تعريف الخلع لغة

٩ – وردت مادة (خلع) في اللغة العربية لتدل على معان كثيرة منها ما يلي:–

أولاً : النزع والإزالة :

١٠– فقد ورد في معجم مقاييس اللغة أن الخلع: هو مزايلة الشيء الذى كان يشتمل به أو عليه، تقول: خلعت الثوب أخلعه خلعاً.... والخالع هو البسر النضيج (نوع من التمر) لأنه يخلع قشره من رطوبته[١].

و في لسان العرب: الخلع لغة مصدر خلع يخلع، على وزن منع يمنع، ويطلق على عدة معان وذكر منها: النزع والإزالة.

وهو مأخوذ من خلع الثوب لأن المرأة تتخلع عن زوجها كردائه،

قال تعالى ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾[٢].

وهذا المعنى هو الأكثر وروداً بمعاجم اللغة العربية، فجاء في القاموس المحيط: (الخلع بفتح الخاء النزع)[٣].

(١) معجم مقاييس اللغة لأبى الحسين أحمد بن فارس – طبعة إحياء الكتب العربية ج٢ ص٢١٠

(٢) الآية ١٨٧ سورة البقرة / لسان العرب لابن منظور ج ٨ ص ٨٦.

(٣) القاموس المحيط ج ٣ ص ٢١٨.

وجاء فى المعجم الوسيط: الخلع هو النزع والإزالة، يقال خلع ثيابه أو أسنانه أى نزعها أو أزالها[1].

وفي المعجم الوجيز: (خلع) الشيئ خلعاً: نزعه[2].

١١ - وهذا المعنى هو الذى وردت به مادة (خلع) بالقرآن الكريم، حيث وردت فى القرآن الكريم مرة واحدة فى قوله تعالى مخاطباً نبيه موسى ﴿ فَٱخۡلَعۡ نَعۡلَيۡكَ إِنَّكَ بِٱلۡوَادِ ٱلۡمُقَدَّسِ طُوٗى ﴾[3].

والمعنى - كما يقول المفسرون - هو الأمر بالنزع والإزالة أى نزع النعل عن قدميه تعظيماً للبيعة مع الله، أو تعظيماً لمخاطبة الله له، كما يؤمر الرجل أن يخلع نعليه إذا أراد أن يدخل الكعبة، وقيل ليدخل الأرض المقدسة بقدميه حافياً غير منتعل وقيل غير ذلك والله أعلم[4].

١٢- وجاء فى بعض كتب السنة باب (إذا انتعل فليبدأ باليمين وإذا خلع فليبدأ بالشمال) ثم ورد تحت هذا الباب حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إذا انتعل أحدكم فليبدأ باليمين وإذا نزع فليبدأ بالشمال، لتكن اليمنى أولهما تنعل وآخرهما تنزع"[5] وهذا يدل على أن أهل الحديث قد استخدموا مادة الخلع للدلالة على النزع.

---

(١) المعجم الوسيط ص ٢٥٠.

(٢) المعجم الوجيز ص ٢٠٨.

(٣) سورة طه - الآية ١٢.

(٤) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج١ ص ١٤٣.

(٥) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان - لمحمد فؤاد عبد الباقى ج ٣ ص ٣٧.

ثانياً : - الفصل من المنصب أو الولاية :

١٣- فخلع الوالى أى عزله[١] وخلع السلطان أى إزالته من عرشه وخلع الشعب الملك أى أنزله عن عرشه[٢].

كما ورد في معجم مقاييس اللغة أن الخليع الذى خلعه أهله فإن جنى لم يطلبوا بجنايته، وإن جنى عليه لم يطلبوا له[٣].

وكذا جاء فى لسان العرب – من معانى الخلع – فصل القبيلة رجلاً منها (أي عزله) لسوء حاله حتى لا تتحمل جريرته فهو خليع ومخلوع[٤].

ثالثاً : - العطاء والمنحة :

١٤ – فيقال خلع عليه ثوبه أى أعطاه إياه، ويقال خلع عليه خلعه أى أعطاه أو ألبسه إياها فالخلع هنا بمعنى العطية أو المنحة، وهذا المعنى قد تم استخدامه كثيراً فى الأدبيات الإسلامية.

كقولهم أنه لما قال الشاعر فيه الشعر مادحاً خلع عليه بردته، أى ألبسه عباءته ومنحه إياها جزاء له على صنيعه.

١٥ – وهذه الاستعمالات اللغوية لمادة الخلع كان لها أثر فى تحديد المعنى الاصطلاحي للفظ (الخلع) الذى يراد به (الفدية) كما يسميها الله عز

(١) الصحاح تاج اللغة ج ٢ ص ١٢٠٥.

(٢) المعجم الوسيط ص ٢٥٠.

(٣) معجم مقاييس اللغة ج٢ ص٢١٠

(٤) لسان العرب لابن منظور ج ٨ ص ٨٦.

وجل فى كتابه حيث يقول ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[١].

فما هو إلا عطاء تعطيه المرأة لزوجها لتزيل الرابطة بينها وبينه، لتنزع عن نفسها لباس الزوجية، ولتعزل زوجها عن ولايته قوامته عليها.

١٦ – حتى جرت العادة على استخدام لفظ (الخلع) – بضم الخاء – بدلاً من لفظ (الفدية) كما جرت العادة على أنه إذا وردت بفتح الخاء فإنه يـراد بها إزالة غير الزوجية

فجاء فى القاموس المحيط أن الخلع – بضم الخاء – هو طلاق المـرأة ببذل، والخلع – بفتح الخاء – النزع[٢].

وفى الصحاح: و (خالعت) المرأة بعلها أى أرادته على طلاقهـا ببـذل منها له فهى (خالع) والاسم (الخلعة) بالضم، وقد (تخالعاً) و (اختلعت) فهى (مختلعة)[٣].

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٢) القاموس المحيط ج ٣ ص ٢١٨.

(٣) الصحاح تاج اللغة ج ٢ ص ١٢٠٥.

المبحث الثانى
في
تعريف الخلع شرعاً

١٧ - تعددت تعاريف فقهاء الشريعة للخلع، والاختلاف بين هذه التعاريف المتعددة كان فى بعض الأحيان مجرد اختلاف فى الألفاظ المستخدمة فى التعريف وكان يحمل- فى أحيان أخرى- اختلافاً فى المعنى المراد به التعريف.

وسنحاول فى هذا المبحث أن نعرض لتعريف الخلع عند أصحاب المذاهب المختلفة، ثم إلى تعريفه عند المحدثين من علماء الشريعة الإسلامية وذلك على النحو الآتى: -

أولاً: تعريف الحنفية:

١٨ - يعرفه صاحب الدر المختار بأنه (إزالة ملك النكاح)(١) ويزيد صاحب اللباب إيضاحاً فيقول (الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما فى معناه)(٢).

ويتضح من هذا التعريف ما يلى:

١ - أنه ينطبق على مخالعة الزوجة والمطلقة طلاقاً رجعياً، يقول العلاّمة ابن عابدين شارحاً قول صاحب الدر المختار: قوله (إزالة ملك

---

(١) الدر المختار بهامش حاشية بن عابدين ج ٢ ص ٥٥٧.

(٢) اللباب فى شرح الكتاب ج ٢ ص ٢٧.

النكاح) شمل ما لو خالع المطلقة رجعياً بمـال فإنه يصح ويجب المال[1].

٢ - أن الخلع لا يجوز فى النكاح الفاسد ومع المطلقـة طلاقـاً بائنـاً والمـرتدة، نص على ذلك صاحب الدر المختار بقوله (إزالة ملك النكـاح) خرج به الخلع فى النكاح الفاسد وبعـد البينونة والـردة فإنه لغو وعلل ذلك ابن عابدين بأن: النكاح الفاسد لا يفيد ملك المتعة، وبالبينونة والردة حصلت الإزالة قبله فلم يكن فى الخلع إزالة[2].

٣ - أن الخلع يتوقف على قبول الزوجة، فلو قال خلعتك ناويـاً بـذلك الطلاق فإنه يقع بائناً غير مسقط للحقوق لعدم توقفـه على قبول الزوجـة بخلاف ما إذا قال خالعتك بلفظ المفاعلة أو اختلعى بالأمر فقبلت فإنه خلـع مسقط[3].

٤ - أن الخلع يصح - عند الحنفية - بلفظ الخلع وبما فى معناه كلفـظ المبارأة فإذا قال الزوج لزوجته برئت من نكاحك على ألف، فقبلـت صـح الخلع عندهم، وعليه فالخلع والمبارأة يسقطان كل حق للزوجين قبل صاحبه فيما يتعلق بأمور النكاح، وهذا بخلاف الطلاق على مال حيث يفرق الحنفية بينهما، فالطلاق على مال تستعمل فيه صيغة الطـلاق الـصريحة مقابـل العوض، فإذا فسد العوض المدفوع من الزوجة، بأن كان مالاً غير متقـوم كخمر أو خنزير أو نحو ذلك، وقع طلاقاً رجعياً، هذا بخلاف الخلع، فـإن

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٥٧.

(٢) الدر المختار - هامش حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٥٧.

(٣) المرجع السابق - نفس الموضع

العوض إذا فسد فيه، وقع الطلاق بائناً[1]، وسيأتى تفصيل ذلك عند الحديث عن صيغة الخلع بإذن الله.

ثانياً: تعريف المالكية:

١٩ - يعرف فقهاء المالكية الخلع بأنه (الطلاق بعوض)[2] فيعرفه الإمام ابن رشد بأنه (بذل المرأة العوض على طلاقها) واسم الخلع والفدية والصلح و المبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره و المبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه على ما زعم الفقهاء[3].

ويتضح من هذا التعريف ما يلى:

١ - أن الخلع عندهم طلاق، غير أنه يكون بعوض تدفعه المرأة، ومن ثم فلا يصح الخلع إلا حيث يصح الطلاق.

٢ - أن استعمال لفظ الخلع وإن كان يتساوى من حيث أثره مع استعمال غيره من الألفاظ كالفدية والصلح والمبارأة، إلا أن الخلع يتميز عن غيره فى أن الخلع يكون برد المرأة جميع ما أعطاها الزوج أو كما يقول ابن رشد (الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها)[4].

(١) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٠٥

(٢) أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك - ص ٨٣.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٤.

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٤.

ثالثاً: تعريف الشافعية:

٢٠ – لعلماء المذهب الشافعى عدة تعاريف للخلع، منها تعريف الإمام النووى بأنه " فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع كقول الرجل: طلقتك أو خالعتك على كذا، فتقبل"[١]، ومنها تعريف الشيخ الباجورى " هو فرقة بين الزوجين ولو بلفظ المفاداة بعوض مقصود معلوم راجع لجهة الزوج"[٢].

ويتضح من هذا التعريف:

أن الخلع يحصل بلفظ من ألفاظ الطلاق سواء فى ذلك اللفظ الصريح أو الكناية مع النية، فإذا قال الرجل لزوجته طلقتك على كذا فقبلت فهو خلع وكأن السادة الشافعية يشيرون فى التعريف إلى أنه لا فرق بين الخلع والطلاق على مال بخلاف الحنفية الذين يرون أن الخلع يكون بلفظ الخلع وبما فى معناه كلفظ المبارأة كما سبقت الاشارة إلى ذلك.

رابعاً: تعريف الحنابلة:

٢١ – يعرفه فقهاء المذهب الحنبلى – كالعلّامة بن قدامه بأنه " فراق الزوج زوجته بأخذه العوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"[٣].

ويتضح من هذا التعريف ما يلى:

---

(١) المجموع شرح المهذب ج ١٧ ص ٥٣.

(٢) حاشية الباجورى ج ٢ ص ١٣٥.

(٣) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٥٦.

١ - أن الخلع عند الحنابلة لا يكون إلا بعوض، فلو قال الزوج لزوجته اخلعى نفسك فقالت خلعت نفسى لم يكن خلعاً إلا أن يكون بعوض، فإن لم يكن بعوض وكان الزوج ينوى طلاقاً وقع طلاقاً رجعياً، و إن لم ينو طلاقاً لم يقع شيئاً.

٢ - أن الخلع عندهم يكون بألفاظ مخصوصة - كما جاء بالتعريف - بخلاف بعض المذاهب التى تجعل النية - لا اللفظ - هى مناط الخلع، وسيرد ذكر هذه الألفاظ المخصوصة التى يقع بها الخلع عند الحنابلة فى مقام الحديث عن صيغة الخلع بإذن الله.

خامساً: تعريف الظاهرية:

٢٢ - يعرفه الإمام ابن حزم فى كتابه المحلى، فيقول: هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها.

ويتضح من هذا التعريف ما يلى:

١ - أن الإمام ابن حزم يستخدم فى تعريف الخلع اللفظ القرآنى إذ يسميه الافتداء، وهو ما جاء به القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[1].

٢ - أن التعريف جاء مشتملاً على السبب الموجب للمعرَّف، فكأنه يشير فى التعريف إلى أن الخلع مشروط بحدوث النشوز بين الزوجين.

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

سادساً :تعريف الشيعة الزيدية :

٢٣ – يقول صاحب البحر الزخار (الخلع هو عقد وشرط)[١].

ويتضح من هذا التعريف: – أنه وصف وليس تعريفاً، فالقول بأن الخلع عقد وشرط يفيد أنه يقع بالاتفاق والتراضى بين الزوجين، ووفقاً لما يشترطانه فى هذا الاتفاق ولكنه لا يعطى تعريفاً محدداً للخلع، كما أنه غير مانع لكثير من العقود والشروط.

وأفضل من ذلك قول صاحب سبل السلام (الخلع: بضم المعجمة وسكون اللام هو فراق الزوجة على مال)[٢] وبذات الألفاظ عرفه الإمام الشوكانى[٣] وهو أدق مما جاء بالبحر الزخار.

سابعاً : تعريف الشيعة الجعفرية :

٢٤ – الخلع عند الشيعة الجعفرية هو (إزالة النكاح بفدية من الزوجة إذا كرهت زوجها)[٤].

ويتضح من هذا التعريف: أنه يستند إلى التعريف اللغوى للخلع بأنه (إزالة)، كما يستند إلى الإشارة القرآنية للخلع بأنه (فدية) كما جاء بالآية الكريمة (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)، كما يلاحظ على هذا التعريف أنه يقيد العوض بكونه من الزوجة كما يقيد الخلع بحال كره المرأة لزوجها، وسترد مناقشة هذه الآراء فى موضعها بإذن الله.

---

(١) البحر الزخار لابن المرتضى ج ٣ ص ١٧٦.

(٢) سبل السلام للصنعانى ج ٣ ص ٢٧١.

(٣) نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٣٣.

(٤) الروضة البهية ج ٢ ص ١٦٣.

ثامناً: تعريف الاباضية:

٢٥ – جاء فى شرح النيل وشفاء العليل أن الخلع (فداء ببعض الصداق)[١].

ويتضح من هذا التعريف: أنه قد حصر مقابل الخلع فى بعض الصداق وهذا مخالف لما عليه الجمهور، بل مخالف لما هو وارد داخل المذهب الأباضى ذاته من أن الخلع والفداء والفدية والصلح والمبارأة سواء تقع بالبعض وبالكل والأكثر منه، وقيل- فى المذهب- أن اسم الخلع يختص ببذل المرأة جميع ما أعطاه لها الزوج، والصلح يختص ببذلها بعض ما أعطيت والفدية والفداء يختصان بأكثر مما أعطاها، كما سيرد بيانه فى موضعه بإذن الله.

تاسعاً: تعريف المحدثين من علماء الفقه الإسلامي:

٢٦ – يتناوله فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة رحمه الله فيقول: الخلع يجيء على ألسنة فقهاء الشريعة الإسلامية، فيراد به أحياناً معنى عام وهو الطلاق على مال تفتدى به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء أكان بلفظ الخلع أو المبارأة أو كان بلفظ الطلاق وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن وأحياناً يطلق ويراد به معنى خاص وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة (أي دون لفظ الطلاق الصريح)، وهذا كان شائعاً على ألسنة المتقدمين من الفقهاء فكان الطلاق على مال قسيم الخلع، ولم يكن هذا شاملاً له داخلاً في عمومه.

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل ليوسف ابن أطفيش ج ٧ ص ٢٧٤.

ثم يقول رحمه الله: ونحن نختار إرادة المعنى العام[١] أى دون تفرقة بين الخلع والطلاق على مال.

٢٧ – ويقول المرحوم الدكتور / محمد مصطفى شلبى " الخلع فى حقيقته عقد بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجيتها نظير بدل، فهو طلاق يشترك فيه الزوجان ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذى يوقعه الزوج أو توقعه الزوجة بتفويض من الزوج لها"[٢].

٢٨ – ويعرفه فضيلة الدكتور / عبد الكريم زيدان بأنه: إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة لزوجها بألفاظ مخصوصة ".

ويرى فضيلته بأنه كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، ولكن يختلف عنه بأن الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين، وببذل الزوجة مالاً لزوجها، أما الطلاق فهو تصرف بإرادة الزوج وحده وبدون عوض من الزوجة[٣].

تعقيب عام على تعريف الخلع عند السادة الفقهاء:

٢٩ – باستقراء التعاريف السابقة للقدامى والمحدثين من السادة الفقهاء نستطيع أن نخرج بما يلى: –

١- أن التعاريف داخل المذهب الواحد تكاد تكون متطابقة حتى فى الصياغة:

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ / محمد أبو زهرة ص ٣٥١

(٢) أحكام الأسرة فى الإسلام ص ٥٥٣.

(٣) المفصل فى أحكام المرأة وبيت المسلم ج ٨ ص ١١٤ و١١٥.

فبالتأمل فيما أوردناه من تعاريف لفقهاء المذاهب المختلفة، نجد أنه داخل المذهب الواحد كان هناك تطابق بين تعاريف فقهاء المذهب من حيث المعنى المراد، ومن حيث الصياغة كذلك فنجد على سبيل المثال أن فقهاء المذهب الحنفى يكررون أن الخلع هو (إزالة ملك النكاح)، وأن فقهاء المالكية لايخرجون فى تعريفهم للخلع عن أنه (طلاق بعوض)، وكذا فى بقية المذاهب.

٢- أن الاختلاف فى تعريف الخلع بين المذاهب المختلفة لم يخرج فى كثير من الأحيان عن كونه اختلافاً لفظياً:

فقول الشافعية أن الخلع (فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع) لا يختلف فى المعنى عن قول الحنابلة فى الخلع أنه (فراق الزوج زوجته بأخذه العوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة)، وهذا لا ينفى أن تعدد تعاريف الفقهاء للخلع كان يحمل – فى أحيان أخرى – تعدداً فى المعانى المقصودة من مذهب لآخر لا سيما وقد انفردت بعض المذاهب بتعاريف مختلفة، كقول الأباضية أن الخلع (فداء ببعض الصداق)[١].

٣- أن بعض المذاهب ساوت بين الخلع وبين غيره من صور وألفاظ الفرقة:

فاعتبرت الخلع والفدية والصلح والمبارأة ألفاظاً متساوية أو كما يقول الإمام ابن رشد: و اسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، المبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه على ما زعم

(١) شرح النيل وشفاء العليل ج ٧ ص ٢٧٤.

الفقهاء[1].

– أما الحنفية فيقيدون الخلع بلفظين اثنين هما لفظ الخلع ولفظ المبارأة دون غيرهما من الألفاظ، فإذا وقعت الفرقة بغير هذين اللفظين فإنها تسمى طلاقاً على مال.

٤ – أن كثيراً من الفقهاء اصطبغت تعاريفهم للخلع ببعض الأحكام الموجودة فى مذاهبهم:

فلم تقف تعاريف الفقهاء عند بيان معنى الخلع والمراد منه، بل اشتمل تعريفهم للخلع على بعض الأحكام الواردة فى مذاهبهم، فالمدقق فى تعريف السادة الحنابلة للخلع بأنه (فراق الزوج زوجته بأخذه العوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة) يدرك حكماً من أحكام المذهب الحنبلي وهو جواز أن يكون العوض من غير الزوجة، وهكذا فى بقية التعاريف التى جاءت مصطبغة أو مختلطة بالعديد من أحكام الموضوع وخاصة أحكام الصيغة والعوض.

٥– أن تعاريف المحدثين والمعاصرين من علماء الفقه الإسلامي جاءت – فى أغلبها – نقولاً عن القدماء من علماء المذاهب الإسلامية

وربما كان العذر فى ذلك أن الفقهاء القدامى قد كثرت تعاريفهم بما فيه الغناء والكفاية عن غيره، ومن ناحية أخرى فإن التعاريف ليست مجالاً للإضافة والتجديد، إنما يكون ذلك فى أحكام الموضوع أكثر مما يكون فى تعريفه.

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٤.

المبحث الثالث
في
الخلع قانوناً

٣٠ - الخلع معروف في الأقضية و الفقه الإسلامي منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، كما كان الخلع معروفاً في التقنينات الشرعية، وكان يرجع فى أحكام الخلع لأقوال الفقهاء والشراح نظراً لعدم وجود تنظيم قانونى خاص به.

٣١ - ولعل أول تنظيم قانونى للخلع - فى مصر - هو ما ظهر فى مشروع القانون الذى أعدته اللجنة المشكلة رئاسة فضيلة الشيخ / محمد فرج السنهورى - والذى لم يصدر كما أشرنا - حيث تضمن عدة مواد تنظيمية وتفصيلية، منها ما يلى:

نصت المادة ١٣٨ منه على أنه " للزوجين ان يفسخا عقد الزواج بتراضيهما على الخلع "

ونصت المادة ١٣٩ منه على أنه " يكون الخلع بإيجاب من أحد الزوجين وقبول من الآخر بكل لفظ يدل عليه دلالة قاطعة أو راجحة رجحاناً بيناً "

ونصت المادة ١٤٥ منه على انه " يصح خلع المريض مرض الموت، ويعتبر البدل عند عدم إجازة الورثة من ثلث مالها، فإن ماتت وهى فى العدة فلمخالعها الأقل من بدل الخلع ومن ثلث المال"[١].

---

(١) عن مجلة المحاماة – تصدر عن النقابة العامة للمحامين بمصر - العدد الثالث عام ٢٠٠٣ ص ٥٨٢

فضلاً عن بعض المواد الأخرى المتعلقة بعوض الخلع أو عدة المختلعة وخلافه.

٣٢ - وقد جاء القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ م متضمناً تنظيماً قانونياً لأحكام الخلع فنصت المادة (٢٠) منه على ما يلى:

" للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع.

فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم.

ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن.

ويكون الخلع فى جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن ".

والملاحظ فى المادة السابقة أنها لم تعرِّف الخلع، ولم يكن من المنتظر

أن تعرفه إذ أن أحكام القانون لا تحفل عادة بالتعاريف وإنما تعنـــى ببيـــان الأحكام والقواعد، وتترك بيان التعريف لجهود الفقهاء والشراح، وسنحاول - بمشيئة الله - أن نعرض لموقف الفقه الإسلامى من المادة السابقة كلمـــا جاءت الفرصة لذلك.

الفصل الثانى

فى مشروعية الخلع والحكمة من تشريعه

الخلع فى الجاهلية:

٣٣ - أورد الإمام بن حجر -عند شرحه لأحاديث الباب- ما يفيد أن الخلع كان معروفاً قبل الإسلام وذلك لما وقع من عامر بن الظرب لما زوّج ابنته من ابن أخيه عامر بن الحارث بن الظرب فنفرت منه فشكاها إلى أبيها فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك فقد خلعتها منك بما أعطيتها(١).

٣٤ - أما في الإسلام فقد وجد فى الفقه الإسلامي ما يمكن أن نسميه بالخلاف المحدود حول مشروعية الخلع إذ ذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه - رغم اختلافهم حول أحكامه وآثاره - وذهب البعض إلى منعه.

٣٥ - ونعرض فى هذا الفصل- بمشيئة الله - آراء السادة الفقهاء من مجيز ومانع ثم نبين ما يترجح لنا من آرائهم، مع بيان سبب الترجيح ثم نحاول أن نستجلى الحكمة من تشريعه، مع بيان الحكم التكليفى الذى يعتريه.

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ٣٩٥.

المبحث الأول

المجوزون للخلع وأدلتهم

٣٦ - ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الخلع ونقل ذلك عن كثير منهم، فقال ابن رشد: فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء[١]، وأورد الإمام القرطبى فى تفسيره ما نصه " والجمهور على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز"[٢]، بل إن كثيراً من العلماء قال بالإجماع على مشروعية الخلع[٣] عدا ما كان من بكر بن عبد الله المزنى.

دليل هذا الرأى:

٣٧ - استدل المجوزون للخلع بالقرآن وبالسنة النبوية الشريفة وبالإجماع وبالمعقول، ونورد تباعاً هذه الأدلة التى استندوا إليها:-

أولاً: الدليل من القرآن الكريم:

- **استدل المجوزون للخلع بقول الله تعالى فى سورة البقرة:**

﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ ۗ تِلۡكَ حُدُودُ

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٤.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٩٤٤.

(٣) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٥٦.

ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[1].

فالمولى عز وجل يبين لعباده في هذه الآية أنه لا جناح على الزوجين أن يتفقا على افتداء المرأة نفسها، إن خافا ألا يقيما حدود الله والمراد بحدود الله فى الآية ﴿ إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾ ما يجب بين الزوجين من السكن والمودة والرحمة وحسن العشرة، إذ لو انتفت هذه الأخلاق من الأسرة ينتفى مراد الله منها، فهو القائل فى كتابه الكريم- ممتناً على عباده- ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[2].

٣٨ - وقد ورد فى معنى قوله تعالى ﴿ إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾ أقوالاً لأهل العلم ونوجز هذه الأقوال فيما يلى: -

القول الأول: أن المراد بذلك أن يظهر من المرأة سوء الخلق والعشرة لزوجها فإذا ظهر ذلك منها حل له أن يأخذ منها عوضاً ويخالعها.

القول الثانى: أن المراد بذلك ألا تبر له قسماً ولا تطيع له أمراً وتقول له: لا أغتسل لك من جنابة ولا أطيع لك أمراً، فحينئذ يحل له أخذ ما آتاها على فراقه إياها.

القول الثالث: أن المراد بذلك أن تقول له أنها له كارهة.

القول الرابع: أن الذى يبيح الخلع وأخذ الفدية أن يكون خوفاً ألا يقيما

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٢) سورة الروم الآية ٢١.

حدود الله منهما جميعاً وذلك بكراهية كل منهما للآخر(١).

وقوله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ أي هذه الشرائع التي شرعها لكم هي حدوده فلا تتجاوزوها، كما ثبت في الحديث الصحيح " إن الله حد حدوداً فلا تعتدوها وفرض فرائض فلا تضيعوها وحرم محارم فلا تنتهكوها وسكت عن أشياء رحمة لكم غير نسيان فلا تسألوا عنها"(٢)، والآية تنص على نفي الجناح ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ونفي الجناح يفيد الحل والجواز، فيكون الخلع مشروعاً وجائزاً.

ثانياً: الدليل من السنة النبوية الشريفة:

٣٩ - استدل المجوزون للخلع بما جاء في السنة النبوية من وقائع جاءت صريحة في التدليل على جواز الخلع ومشروعيته وقد جاء ذكر هذه الوقائع بروايات مختلفة في كتب الحديث، نورد فيما يلي طرفاً منها:

١) عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس(٣) أتت النبي صلى

---

(١) تفسير الطبري ج ٤ ص ٥٤٩.

(٢) تفسير ابن كثير ج١ص٢٢٧، والحديث بمستدرك الحاكم ج ٤ ص ١٢٩، وفتح الباري ج٨ ص٢٧٣.

(٣) وردت الروايات كلها في شأن ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك الخزرجي، وكنيته أبو عبد الرحمن، وهو صحابي من نجباء الأنصار، شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة أحد وبيعة الرضوان وما تلى ذلك من المشاهد، وهو أخو عبد الله بن رواحه لأمه وكان خطيباً للانصار ولرسول الله صلى الله عليه وسلم جهير الصوت بليغاً، فخطب للأنصار عند مقدم =

= النبى صلى الله عليه وسلم المدينة فقال نمنعك مما نمنع منه أنفسنا وأولادنا فما لنا قال: الجنة فقالوا: رضينا، استشهد بموقعة اليمامة عام ١٢ هـ وله في ذلك موقف، فيروى أنس أن ثابت بن قيس جاء يوم اليمامة وقد تحنط - تعطر- ولبس ثوبين أبيضين، فلما انهزم القوم قال: اللهم إني أبرأ إليك مما جاء به هؤلاء وأعتذر من صنيع هؤلاء، ما هكذا كنا نقاتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأقبل يقاتل حتى قتل، و له عدة مواقف في السيرة النبوية، فقد روى قوله لرسول الله صلى الله عليه وسلم: يا رسول الله إني أخشى أن أكون قد هلكت، ينهانا الله عن الخيلاء وإني احب الجمال، وينهانا أن نحب الحمد بما لا نفعل وإني أحب الحمد، وينهانا أن نرفع أصواتنا فوق صوتك وأنا رجل رفيع الصوت، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: يا ثابت أما ترضى أن تعيش حميداً وتموت شهيداً وتدخل الجنة. (سير أعلام النبلاء ج١ ص ٣٠٩ وما بعدها)

كما روى عند تفسير قول الله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَرْفَعُوٓاْ أَصْوَٰتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ ٱلنَّبِيِّ وَلَا تَجْهَرُواْ لَهُۥ بِٱلْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ أَن تَحْبَطَ أَعْمَٰلُكُمْ وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ ﴾ [سورة الحجرات / الآية ٢] أن النبي صلى الله عليه وسلم افتقد ثابت ابن قيس، فقال رجل: يا رسول الله أنا أعلم لك علمه _أي آتي لك بخبره _فأتاه فوجده في بيته منكساً رأسه فقال له: ما شأنك؟ فقال شرّ كان يرفع صوته فوق صوت النبى صلى الله عليه وسلم فقد حبط عمله فهو من أهل النار، فأتى الرجل النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره أنه قال كذا وكذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم: اذهب إليه فقل له إنك لست من أهل النار ولكنك من أهل الجنة (تفسير بن كثير ج ٤ ص ٢١٦)

كما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعوده ويدعو له، فجاء عن محمد بن يوسف بن ثابت بن قيس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه دخل على ثابت بن قيس وهو مريض فقال: اكشف البأس رب الناس عن ثابت بن قيس بن شماس (سنن أبي داوود ج ٤ص ١٠) =

الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين، ولكنى أكره الكفر فى الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[1].

٢) وفى رواية أخرى عن ابن عباس أن امرأة ثابت ابن قيس أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا يجتمع رأسى ورأس ثابت أبداً، إنى رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل فى عدة – أى جماعة – فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامة وأقبحهم وجهاً... الحديث[2].

٣) وعن الربيع بنت معوذ أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم

= كما روى الترمذى – وقال حديث حسن – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: نعم الرجل أبو بكر نعم الرجل عمر نعم الرجل أبو عبيدة بن الجراح نعم الرجل أسيد بن حضير نعم الرجل ثابت بن قيس بن شماس نعم الرجل معاذ بن جبل نعم الرجل معاذ بن عمرو بن الجموح (سنن الترمذى ج٥ ص٦٦٦، وكذا فى مسند أحمد ج٢ ص ٤١٩) وهذه الآثار توضح مكانة هذا الصحابى الجليل الذى وردت بشأنه جميع المرويات فى باب الخلع، من حيث بيان فضله ومكانته، ومن حيث بيان صفاته الشخصية فهو الخطيب البليغ وهو المقدام الشجاع وهو الذى يحب الحمد والجمال، وهو الرقيق الذى يتأثر بالقرآن، وقد زفت إليه البشارة بالجنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم كما جمع النبى صلى الله عليه وسلم بينه وبين كبار الصحابة فى معرض الثناء فقال: نعم الرجل ثابت بن قيس بن شماس.

(١) وهى رواية البخارى ج ٥ ص ٢٠٢١ و فتح البارى ج ٩ ص ٣٩٤

(٢) أورده ابن حجر بفتح البارى ج ٩ ص ٤٠٠، وانظر سبل السلام للصنعانى ج ٣ ص ١٦٨

فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثابت فقال: "خذ الذى لهما عليك وخل سبيلها " فقال: نعم، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها[١].

٤) وعن أبى الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبى بن سلول وكان أصدقها حديقة، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته التى أعطاك؟ قالت: نعم وزيادة فقال النبى صلى الله عليه وسلم: أما الزيادة فلا ولكن حديقته، قالت: نعم، فأخذها له وخلى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم[٢].

٥) وعن عمرة بنت عبد الرحمن عن حبيبة بنت سهل الأنصارى: أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه فى الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما شأنك؟ قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم " هذه حبيبه بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر، فقالت حبيبة: يا رسول الله، كل ما أعطانى عندى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس: " خذ منها "، وجلست فى بيت أهلها[٣].

(١) سنن النسائى ج ٦ ص ١٦٨.

(٢) سنن الدار قطنى ج ٣ ص ٢٥٥، وانظر نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٣٣.

(٣) الموطأ ج ٢ ص ٤٥٠، و أحمد فى المسندج ٦ ص ٤٣٣، وفى سنن أبى داوود ج٢ ص ٢٦٨

٤٠ – وقد دلت الأحاديث السالف ذكرها على مشروعية الخلع، وأنه لا بأس من أن تفتدى المرأة نفسها من زوجهـــا إن هى لم ترد دوام معاشرته، حيث أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس فى قبول العوض، أو فى أن يسترد ما أصدقها به ويخالعها بعد أن كرهت معاشرته.

ثالثاً: الاجماع:

٤١ – إن الاجماع حول حكم من الأحكام من شأنه أن يوضح جريـــان العمل عند فقهاء الأمة على فهم واحد، واستنباط واحد لهذا الحكم مما جـــاء بالقرآن الكريم والسنة الشريفة.

وعليه فإن القول بإجماع الفقهاء حول مشروعية الخلع وجوازه يـــضفى قوة على رأى المجوزين للخلع ويصادر على رأى المانعين له.

وقد حكى الإجماع على مشروعية الخلع نفر كثير من علماء المـــذاهب المختلفة، وذلك رغم اختلافهم حول الحالات التى يباح فيها، واختلافهم كذلك فى أحكامه وآثاره[1] ولم يشذ عن اجماع الفقهاء سوى عبد الله المزنـــى – وهو أحد التابعين – وسيرد مناقشة رأيه – بإذن الله – عند الحـــديث عـــن رأى المانعين للخلع وأدلتهم.

رابعاً: الدليل من المعقول:

٤٢ – استدل القائلون بجواز الخلع كذلك بأدلة من المعقـــول، ونـــورد طرفاً منها:

١) أن المرأة يجوز لها أن تهب مهرها من غير أن تحصل على شئ وقد

---

(١) المحلى ج ١٠ ص ٢٣٥، المغنى ج ٧ ص ١٧٣.

أشار القرآن الكريم إلى ذلك فى قول المولى عز وجل ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾[1]، فيجوز أن تهب مهرها لتملك به أمر نفسها من باب أولى[2].

٢) القياس على الشراء والبيع، إذ قاسوا النكاح على الشراء وقاسوا الخلع على البيع، فقالوا أنه لما كان الزوج يملك حق الانتفاع بالبضع بعوض، جازله أن يزيل ذلك الملك بعوض كذلك – كالشراء والبيع[3].

٣) القياس على القصاص، إذ أن ملك النكاح حق للرجل، فيجوز له أن يأخذ العوض عنه شأن حقه فى القصاص[4].

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٤.

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٢٤٧.

(٣) رسالة مخطوطة فى الخلع للأستاذ / محمود على الطويل – كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر الشريف ص٦.

(٤) رسالة مخطوطة فى الخلع للأستاذ / مصطفى محمد عبد الخالق – كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر الشريف ص٤.

المبحث الثانى

المانعون للخلع وأدلتهم

٤٣ - خالف بكر بن عبد الله المزنى إجماع الفقهاء وذهب إلـى عـدم جواز الخلع مطلقاً، واستدل على ذلك بأدلـة من الكتاب والسنة، نوردهـا فيما يلى:

أولاً : الدليل من القرآن الكريم

٤٤ - استدل القائل بهذا الرأي بقوله تعالى" وإن أردتم اسـتبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثما مبينا"[١].

ويزعم صاحب هذا الرأى أن هذه الآية ناسخة لقول الله عز وجل ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[٢].

فقد روى أنه سئل عن الرجل يريد أن يخالع امرأته فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً، قيل فأين قوله تعـالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾؟

قال: هى منسوخة بقوله تعالى ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٨.

وَإِثْمًا مُبِينًا﴾.

٤٥ – وهذا القول مناقش لافتقاره إلى دليل على النسخ، فلا تسمع دعوى النسخ حتى يثبت تعذر الجمع ويثبت كذلك أن الآية الناسخة متأخرة فى نزولها عن الآية المنسوخة، ولم يثبت شئ من ذلك[١].

ثانياً: – الدليل من السنة النبوية:

٤٦ – استدل كذلك صاحب هذا الرأى بأحاديث من السنة النبوية هى: –

١) ما روى عن ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة"[٢].

٢) ما روى عن أبى هريرة، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: "المختلعات هن المنافقات"[٣].

٤٧ – و هذا الاستدلال مناقش كذلك، فيرد على الحديث الأول أن الوعيد الوارد بهذا الحديث مقيد بأن يكون طلب الزوجة للطلاق – ومنه الخلع – من غيرما بأس أى من غير سبب يدعو إلى ذلك، ولا شك فى أن المرأة التى تطلب من زوجها الفرقة دون سبب معتبر فإنها تكون جديرة بهذا الوعيد، أما إن كان طلبها لذلك من بأس تريد رفعه عن نفسها فلا يلحقها الوعيد الوارد بالحديث، كأن تطلب الفرقة عن زوجها لخوفها من

(١) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ١٧٤.

(٢) رواه أبو داود ج ٢ ص ٢٨٦وابن حبان ج ٩ ص ٤٩٠.

(٣) رواه النسائى ج ٦ ص ١٣٨ – والترمذى ج ٣ رقم ٤٩٢.

ألا تقيم حـــدود الله فليس هناك بأس أعظم من هذا.

وفى هذا يقول الإمام بن حجر " الأخبار الواردة في ترهيب المرأة مـــن طلب طلاق زوجها محمولة على ما إذا لم يكن بسبب يقتضي ذلك لحـــديث ثوبان أيما امرأة سألت زوجها الطلاق فحرام عليها رائحة الجنة،.. ويـــدل على تخصيصه قوله فى غير ما بأس.."[١].

ويرد على الحديث الثانى بأن هذا الحديث مطعون فى سنده، فقد عقـــب عليه الإمام الترمذى بأنه حديث غريب وليس إسناده بقوى[٢]، وقـــد كذبـــه الحسن البصرى فسقط بقول الحسن فلا يحتج به[٣].

(١) فتح البارى ج٩ ص ٤٠٢ و ٤٠٣

(٢) سنن الترمذى ج ٣ ص ٤٩٢

(٣) وقد ورد ذكر الحديثين والرد على الاستدلال بهما فى المحلى لابـــن حـــزم ج ١٠ ص٢٣٧.

المبحث الثالث

الرأى الراجح وسبب الترجيح

٤٨ - من خلال ما عرضناه من آراء للسادة الفقهاء وأدلتهم نستطيع أن نرجح رأى الجمهور القائل بمشروعية الخلع كنوع من أنواع الفرقة التى شرعها الإسلام، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً : قوة الأدلة التى يستند إليها المجوزون للخلع :

٤٩ - يتميز الرأى القائل بمشروعية الخلع بسلامة الأدلة التى يستند إليها وقوتها بحيث لم تعارض بما يهدمها كما تعرضت أدلة المانعين له، وتستمد أدلة القائلين بمشروعية الخلع قوتها مما يلى: -

أ - تنوع الأدلة وتعددها :

تتميز أدلة هذا الرأى من ناحية بتنوعها، فأصحاب هذا الرأى يستندون إلى القرآن الكريم، و إلى السنة الشريفة، كما يستندون إلى الإجماع وإلى المعقول.

كما تتميز أدلة هذا الرأى من ناحية أخرى بأنها قد تتعدد داخل النوع الواحد، ففى استدلالهم بالسنة النبوية الشريفة أوردوا عدة روايات مختلفة تدل على تعدد طرق الحديث وربما تعدد الواقعة، وكما سبق أن أوردنا عن صاحب الفتح: اختلف فى امرأة ثابت بن قيس، فذكر البصريون أنها جميلة بنت أبى، وذكر المدنيون أنها حبيبة بنت سهل، ثم يقول: والذى يظهر أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلاف السياقين(١).

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ٣٩٤

كما أنهم فى استدلالهم بالمعقول قد أوردوا عدة أدلة عقلية وليس دليلاً واحداً، ولا شك أن تنوع الأدلة وتعددها على النحو الذى أسلفنا بيانه يزيد في قوتها ويجعل بعضها يؤكد بعضاً.

ب - وضوح دلالة النصوص:

فالنص القرآنى الذى استندوا إليه وهو قوله تعالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ واضح الدلالة على معناه إذ يفهم كل من يقرأه أن المولى عز وجل يبين لعباده أنه لا جناح على الزوجين أن يتفقا على أن تفتدى المرأة نفسها إن خافا ألا يقيما حدود الله، وهذا بخلاف ما أورده المانعون للخلع من أن هذه الآية نسخت بقول الله عز وجل ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾[(١)] وهو قول مناقش كما سبق بيانه.

كما أن الأحاديث النبوية التى استند إليها المجوزون للخلع رغم تعدد رواياتها إلا أنها تؤدى إلى معنى محدد، ويستقى منها فهم واضح وهو أنه لا بأس من أن تفتدى المرأة نفسها من زوجها إن هى لم ترد دوام معاشرته، حيث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلب من ثابت ابن قيس قبول العوض من زوجته وأن يخالعها بعد أن كرهت معاشرته، وهذا بخلاف الأحاديث التى استند إليها المانعون للخلع إذ أنها تقبل تأويلات شتى.

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٢٠.

ج - صحة الأحاديث النبوية وقوة أسانيدها:

تمتاز الأحاديث النبوية التى احتج بها المجوزون للخلع بصحتها عند علماء الحديث، ولم يطعن أحد من العلماء فى أسانيدها، وهذا بخلاف الأحاديث التى استند إليها المانعون للخلع إذ لم يصل الحديث الأول منها إلى درجة الصحة، والحديث الثانى مطعون عليه، وهو ما سبق بيانه.

ثانياً: مناقشة الأدلة التى يستند إليها المانعون للخلع:

٥٠ - لم تسلم الأدلة التى أوردها المانعون للخلع من مناقشتها والرد عليها وذلك كما يلى:

أ) القول بأن الآية التى فى سورة النساء وهو قول الله تعالى " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً " ناسخة لقول الله عز وجل فى سورة البقرة ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[1] هو قول يفتقر إلى دليل إذ أن دعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع ويثبت كذلك أن الآية الناسخة متأخرة فى نزولها عن الآية المنسوخة، ولم يثبت شئ من ذلك[2]. فالآية الأولى تنهى الزوج إن هو كره زوجته وأراد أن يستبدلها أن يأخذ مما أعطاها شيئاً وإن كان قد أعطاها قنطاراً من المال كناية عن الكثرة إذ ليس للزوج أن يضر بزوجته لرغبة ألمت به هو، أما الآية الثانية فتشير إلى أنه لا جناح

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٨.

(٢) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ١٧٤.

على الزوجين أن يتفقا على افتداء المرأة نفسها إن خافا ألا يقيما حدود الله على النحو الذى أسلفنا شرحه فليس هناك تعارض بين الآيتـــين، كما أن العلم بتأخر الناسخ عن المنسوخ منتف، فتكون دعوى النسخ لا دليل لها.

ب) استدلال الرأى المانع للخلع بالسنة النبوية لم يسلم من المناقشة كذلك، فاستدلالهم بحديث " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بـــأس، فحرام عليها رائحة الجنة " اهدار للقيد الوارد بالحديث وهو أن يكون طلب الزوجة للطلاق – ومنه الخلع – من غيرما بأس أى من غيـــر سبب يدعو إلى ذلك، كما أن الحديث الثانى الذى استدل بـــه الـــرأى المانع للخلع وهو ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم " المختلعات هن المنافقات "هو حديث مطعون فى سنده كما سبقت الإشـــارة إلـــى ذلك.

- وعلى نحو مجمل فإن الأدلة التى أوردها أصحاب الرأى المانع للخلع لا تقوى على معارضة أدلة أصحاب الرأى القائل بمشروعيته لا سيما إذا استصحبنا قرينة الإباحـــة التى هى أصل الأحكام وفقاً للراجح عند السادة الفقهاء.

ثالثاً : القول بمشروعية الخلع ضرورة عقلية واجتماعية :

٥١ – إذ كيف يقبل أن تجبر امرأة على أن تعاشر زوجاً تبغض رؤيته أو تنكر أخلاقه أو لا تسلم من إيذائه، فإذا ما طالبته بالطلاق أبى لأن فـــى الطلاق مؤونة وتكلفة عليه.

فالقول بهذا يفتح أبواباً واسعة من الفوضى الاجتماعية، ويـــؤدى إلـــى

انتشار العديد من الجرائم كالقتل والزنا.

وما شرع الزواج لهذا، فإذا كانت المصلحة فى الفرقة بين الزوجين بالخلع فلا بد من ترجيح الرأى القائل بمشروعيته فأينما وجدت المصلحة فثمّ شرع الله، كما قرر علماء الأمة وسلفها الصالح وسيرد تفصيل ذلك عند الحديث عن الحكمة من تشريع الخلع بإذن الله.

المبحث الرابع

الحكمة من تشريع الخلع

٥٢ - قد أشار القرآن الكريم إلى الحكمة من تشريع الخلع عند النص على مشروعيته وذلك فى قوله تعالى ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[1].

فتشريع الخلع هو للتوقى من تعدى حدود الله التى حدها للزوجين من حسن المعاشرة وقيام كل منهما بما عليه من حقوق للآخر[2].

٥٣ - إن الحياة الزوجية - كما قدمنا - تقوم على دعائم وأسس تضمن لها النجاح والصلاح، فإذا تهدمت تلك الدعائم وتلاشت هذه الأسس، تصبح الأسرة بناء هشاً لا يتحقق منه الغاية من الزواج كما يرضى الله ورسوله.

فإذا شعرت المرأة ببغضها لاستمرار الحياة الزوجية، ووجدت فى زوجها ما لو وجده فيها لطلقها، وخشيت أن تخوض فى حدود الله، فهنا يأتى التشريع الحكيم بأن يمنح المرأة الحق فى طلب الخلع كما منح الرجل الحق فى إيقاع الطلاق، فالنساء شقائق الرجال ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ

(١) سورة البقرة - الآية ٢٢٩.

(٢) المفصل فى أحكام المرأة وبيت المسلم د / عبد الكريم زيدان ج ٨ ص ١٢٥.

بِٱلْمَعْرُوفِۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[١].

٥٤ - وتشريع الطلاق لا يغنى عن تشريع الخلع فقد يأبى الرجل أن يطلق، وتأبى المرأة أن ترفع أمرها للقضاء بطلب الطلاق حتى لا تتكشف أسرار حياتها الزوجية وعيوب زوجها الخُلقية والجسدية عند سردها لأسباب طلب الطلاق، فضلاً عما فى سلوك طريق القضاء من وقت وجهد وطول إجراءات.

وقد جاء فى المغنى أن " الخلع شرع لإزالة الضرر الذى يلحقها - أى الزوجة - بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه"[٢] فكأنه شرع لمصلحة الزوجة ولتخليصها من الزوج على وجه ليس فيه رجعة له عليها.

ولما كانت المرأة قد استحقت الصداق بموجب عقد الزواج كما أن الزوج - عادة - ما يكون قد أنفق مالاً كثيراً لإتمام هذا الزواج، فهى - فى الخلع - ترد أو تدفع ما يكون عوضاً للزوج عن مفارقتها له حتى لا يجتمع عليه خسارة أهله وماله.

- ونستطيع أن نعد تشريع الخلع من روائع وعظمة التشريع الاسلامى، ونلجم به ألسنة من يدّعون - ظلماً وعدواناً - أن الإسلام قد انتقص من قدر المرأة أو كبّل إرادتها وسلبها حريتها وحقوقها.

وليس أعظم من موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم حينما جاءه

(١) سورة البقرة - الآية ٢٢٨.

(٢) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٥٢.

زوجاته يشكون قلة النفقة وضنك العيش فنزلت الآية الكريمة بتخييرهن بين البقاء أو الفراق فاخترن الله ورسوله، يقول تعالى " يـــا أيهـــا النبـــى قـــل لأزواجـــك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتهـــا فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخـــرة، فإن الله أعـــد للمحسنات منكن أجـــراً عظيماً"[1].

(١) سورة الأحزاب – الآية ٢٨، ٢٩.

المبحث الخامس
فى الحالات التى يجوز فيها الخلع
عند القائلين بمشروعيته - وبيان الحكم التكليفى الذى يعتريه

٥٥ - بعد أن أوردنا رأى المجوزين للخلع وأدلتهم، يجب أن ننوه بـأن المجوزين للخلع يتفقون على جوازه ومشروعيته بحسب الأصل-أى كنوع من أنواع الفرقة التى شرعها الإسلام- ولكنهم يختلفون بعد ذلك فى الحالات التى يجوز فيها الخلع وتلك التى يكره فيها أو يحرم، كما أنهم يختلفون كذلك فى بيان الحكـم التكليفى للخلع.

- فاتفاق العلماء قائم حول جواز الخلع ومشروعيته كنوع مـن أنـواع الفرقة، وتبقى دائرة الاتفاق مقصورة عند هذا الحد، ثم يذهب الفقهاء بعـد ذلك مذاهب شتى، فمنهم من يرى جوازه فى جميع الحالات بـلا كراهـة، ومنهم من يرى كراهة الخلع إلا فى حالات معينة فإنه يكون مباحـاً بـلا كراهة ومنهم من يرى تحريم الخلع إلا أن يكون هناك من الأسباب ما يزيل الحرمة ويجعله مشروعاً، وسنحاول فى هذا المبحث - بإذن الله - أن نتتبع هذه الآراء فى المذاهب المختلفة: -

الرأى الأول: أن الخلع مباح بحسب الأصل:

٥٦ - الأصل- عند أصحاب هذا الرأى - أن الخلع مبـاح، بمعنى أنه "مستوى الطرفين " فلا بأس إذا كرهت المرأة زوجهـا أن تفتـدى نفـسها بعوض تدفعه للزوج ليطلق سراحها ويخالعها لاسيما والآية الكريمة التـى يستمد منها الفقهاء دليل مشروعية الخلع تنص على نفى الجناح ونفى الجناح

فى علم الأصول يدل على الإباحة لا الكراهية أو التحريم[١].

وقد ذهب إلى هذا الرأى علماء المذهب الحنفى[٢]، كما ذهب إلى ذلك المالكية أيضاً، إلا أنهم اشترطوا لذلك أن تكون الزوجة بالغة رشيدة، أما إذا كانت صغيرة فيكره الخلع، و إن كانت سفيهة فيحرم لما ينطوى عليه ذلك من شبهة الاستغلال أو التحايل[٣].

وكذلك يرى الإمام ابن حزم أن الخلع " جائز " ولم ينص على غير ذلك من أحكام تكليفية تتعلق به، رغم اشتراطه لصحة الخلع أن تكون الزوجة كارهة لزوجها وتخشى ألا توفيه حقوقه التى أوجبها الله عز وجل، أو خشيت أن يبغضها زوجها فلا يوفيها حقوقها ويرى أن هذا يكفى لتطلب الزوجة الخلع دون أن يلحقها الوعيد الوارد فى الأحاديث الناهية عن طلب الطلاق (٤).

الرأى الثانى : أن الخلع مكروه بحسب الأصل :

٥٧ - يرى أصحاب هذا الرأى أن حكم الخلع هو الكراهة، وذلك بالنظر إلى أصله وهو الطلاق، وذلك لما فى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " أبغض الحلال إلى الله الطلاق"[٥] والحديث يدل

---

(١) إرشاد الفحول للشوكانى ص١١ فى تعريف المباح، وانظر الوجيز فى أصول الفقه د/عبد الكريم زيدان ص ٤٧

(٢) الباب شرح الكتاب ج ٢ ص ٢٦.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٩.

(٤) المحلى ج ١٠ ص ٢٣٥.

(٥) سنن بن ماجة ج ١ ص ٦٥٠، ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٠.

على أن الطـــلاق – ومنه الخلع – وإن كان مشروعاً إلا أنه بغيض عند الله عز وجل ويتجنب إيقاعه ما أمكن ذلك.

وقد ذهب لهذا الرأى الشافعية إذ جعلوه مكروهاً بحسب الأصل، ثم استثنوا من ذلك حالات يباح فيها بلا كراهة، كأن يستحكم الشقاق بين الزوجين بحيث يخافان ألا يقيما حدود الله فلا يطيع أحدهما صاحبه، ولا يقوم بحقوقه عليه، وقد استندوا فى ذلك إلى قوله تعالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ وكذلك يباح الخلع عندهم إذا كان الخلع مخلصاً من الطلاق الثلاث، كأن يحلف الرجل بالطلاق على فعل لا بد له من فعله فيخالع زوجته ثم يفعل ما حلف عليه وذلك لكون الطلاق بالثلاث يقع عندهم ثلاثاً[1] وهذا – فى الواقع – باب من أبواب الحيل التى اختلف الفقهاء فى جوازها.

وقد نص الحنابلة على الكراهة إذا طلبت الزوجة الخلع مـــع اســتقامة حالها مع زوجها واستقامة حال زوجها معها، وذلك للأحاديث الواردة فـــى هذا الشأن، كما نص فقهاء الحنابلة على الحرمة إذا ضـــيق الـزوج علـــى زوجته كأن يضرها أو يمنعها حقوقها لتختلع منه، وذلك لقول الله تعالى ﴿لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا۟ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ ﴾[2] ولكن إذا كان يؤدبها بضرب أو هجر لتقصيرها فى أمــر دينها أو تقصيرها فى شئون بيتها ثم طلبت منه الخلع لذلك، فلا يكون الخلع

---

(١) يراجع الاقناع ج ٢ ص ١٤٧.

(٢) سورة النساء الآية ١٩.

حراماً، لأن الزوج فى هذه الحالة لم يضيق عليها لتختلع وإنما كان يؤدبها بقصد إصلاحها واستقامة حالها[١].

ورأى الحنابلة هو ما انتهى إليه الجعفرية، غير أنهم نصوا على حالة الكراهة بقولهم " مختلف فيه " وعلى حالة التحريم بقولهم "محظور"[٢].

الرأى الثالث: أن الخلع محرم إذا كان دون سبب:

٥٨ - يرى الأباضية أن المرأة إذا طلبت من زوجها أن يخالعها فقد طلبت مكانها فى النار إذا كان الزوج يحسن معاشرتها واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[٣].

ويلاحظ أن الحرمة الواردة فى هذا الحديث مقيدة بكون طلب الطلاق "من غير ما بأس" فإن كان هناك " بأس " بين الزوجين كنشوز أحدهما فيكون الخلع حينئذ جائزاً ومشروعاً.

وعلى هذا، يكون الأصل فى الخلع عند أصحاب هذا الرأى أنه محرم إلا بنشوز أحد الزوجين فيكون جائزاً.

والنشوز هو كراهة كل من الزوجين صاحبه وسوء عشرته[٤] وقد ورد ذكره فى القرآن الكريم فى قول المولى عز وجل ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٢٦، المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٧٦.
(٢) جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ج٥ ص ٣١٩.
(٣) شرح النيل وشفاء العليل ج ٧ ص ٢٨٣.
(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٥ ص ١٧٠.

نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلاً ﴾[1] وفى قوله تعالى ﴿ وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾[2].

وهذا ما ذهب إليه جماعة من التابعين، إذ اشترطوا لجواز الخلع أن يقع الشقاق والنشوز بين الزوجين[3].

٥٩ – وقريب من هذا الرأى ما يراه ابن سيرين وأبو قلابة من حرمة الخلع إلا أن يجد على بطنها رجلاً – أى أن تقع فى الزنا – فيكون الخلع مشروعاً[4] مستندين فى ذلك إلى قول الله تعالى ﴿ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾[5].

ويلاحظ أن أصحاب هذا الرأى – سواء الإباضية ومن وافقهم أو ابن سيرين وأبى قلابة – لا ينفون عن الخلع مشروعيته وإنما يضيقون نطاقه فحسب، أى لا يجيزونه إلا فى حالات محددة مع الإبقاء على مشروعيته فى هذه الحالات.

(١) سورة النساء الآية ٣٤.
(٢) سورة النساء الآية ١٢٨.
(٣) المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٧٤.
(٤) أورده ابن قدامه فى المغنى ج ٦ ص ١٧٤.
(٥) سورة النساء الآية ١٩.

الترجيح

٦٠ - لعل الرأى الراجح هو الرأى القائل بأن الأصل فى الخلع هو الكراهة، إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله.

فلقد شرع الله الزواج طريقاً للعفة، وقمعاً للفتنة، ولبنة لقيام المجتمع الصالح وأراد الله عز وجل أن يكون الزواج سكناً واستقراراً لكلا الزوجين.

فأى محاولة لهدم البيت المسلم الذى قام على عقد الزواج، لا شك أنها تكون بغيضة عند الله.

لذلك لا نسلم برأى القائلين أن الخلع مباح بإطلاق أو أنه " مستوى الطرفين " إن شاءت الزوجة أن تطلبه طلبته وقتما شاءت ودونما إثم، و إن شاء الزوج أن يعرضه ويساوم عليه عرضه بلا حرج شرعى.

فالقول بهذا ينافى مقصد الاسلام من الزواج، ويجعل الأسرة المسلمة عرضة للأهواء والرغبات العارضة.

ولا يلتفت إلى ما قال به أصحاب هذا الرأى من أن الآية الكريمة التى يستمد منها الفقهاء دليل مشروعية الخلع تنص على نفى الجناح، ونفى الجناح فى علم الأصول يدل على الإباحة لا الكراهة أو التحريم، إذ أن نفى الجناح لم يرد بهذه الآية بإطلاق، وإنما ورد مقيداً بالخوف من ألا يقيما حدود الله، ومن ثم فلا يصح القول بالإباحة إلا حال الخوف من إضاعة حدود الله أو التقصير فيها.

كما أننا لا نميل إلى رأى القائلين بأن الحكم التكليفى للخلع هو الحرمة إلا إذا وجد ما يصرف الحرمة إلى الإباحة - ومنهم من يجعل الصارف هو

النشوز ومنهم من يجعله وقوع الزوجة فى زنا – ونستند فى هذا إلـى مـا يلى:-

أ - بالنسبة للذين يشترطون وجود النشوز بين الزوجين:

يرد على ذلك بأن النصوص الدالة على مشروعية الخلع مـن الكتـاب والسنة جاءت خلوا من هذا الشرط فالآية الكريمة لا تشترط سوى الخـوف من ألا يقيما حدود الله، والحديث النبوى – وفقاً لرواياته الصحيحة – جـاء فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم طلب من ثابت بن قيس أن يسترد صداقه ويطلق زوجته لأنها أقرت أمامه بأنها تخشى الكفر فى الإسلام، وهو تعبير يدل على أنها تخشى أن تقع فى المعصية وهى فى عصمة زوجها، فـضلاً عن أن القرآن الكريم قد وضع علاجاً آخر لحالة النـشوز وهـو الـوعظ والتأديب إذا كان النشوز من المرأة، والتصالح على وضع معـين إن كـان النشوز من الرجل.

وذلك لقول الله تعالى عن الحالة الأولى ﴿ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾(١) فإذا ما ساءت عشرة المرأة وأصرت على معصية زوجها فعليه أن يعظها، فإن لم تستجب لوعظه جاز له أن يهجرها،

وإلا فله أن يضربها ضرباً غير مبرح، وذلـك كلـه وفقـاً للـشروط والضوابط التى وضعها الفقهاء فى هذا الشأن(٢).

---

(١) سورة النساء الآية ٣٤.

(٢) يراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٨.

أما إن كان النشوز والكراهية من جانب الزوج إلى الحد الذى ينوى فيه على طلاقها فإنه يجوز للمرأة – إذا رغبت هى فى أن تبقى على الزوجية قائمة – أن تتنازل عن بعض حقوقها نظير إبقاء الزوج عليها وعدم تطليقها، فالصلح فى نظر الشارع خير من الفراق مصداقاً لقوله تعالى ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾(١) وقد ورد فى تفسير هذه الآية عن ابن عباس قال: خشيت سودة أن يطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا تطلقنى واجعل يومى لعائشة ففعل ونزلت هذه الآية ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ ﴾ الآية، قال ابن عباس: فما اصطلحا عليه من شئ فهو جائز(٢).

ب – بالنسبة للذين يشترطون وقوع الزوجة فى الزنا:

يرد عليهم بأن الآية التى يستندون إليها وهى قوله تعالى ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾(٣) هذه الآية لا تحرم الخلع بغير عضل، بل هى تنص على عدم الإضرار بالزوجة و التضييق عليها لتدفع للزوج عوضاً على طلاقها منه وهو أمر محرم كما سيرد بيانه إلا إذا وقعت الزوجة فى الزنا فيجوز للزوج أن يضيق عليها

(١) سورة النساء الآية ١٢٨.

(٢) تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ٥٦٢.

(٣) سورة النساء الآية ١٩.

ليسترد الصداق أو بعضاً من الصداق الذى لم تكن تستحقه.

وهذا هو غاية ما يستفاد من الآية، فالاستثناء الوارد فى الآية الكريمة ليس استثناء من حرمة الخلع إذ أنه غير محرم، و إنما استثناء من حرمة العضل.

وعليه نستطيع أن نرجح ما ذهب إليه الشافعية من أن الحكم التكليفى للخلع هو الكراهة وذلك بوصفه نوعاً من أنواع الفرقة التى وإن شرعها الله عز وجل فإنه يبغض وقوعها كما جاء فى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أبغض الحلال إلى الله الطلاق، ومن ثم يكره الخلع عند استقامة الحال وإمكان العشرة، ولا ترتفع هذه الكراهة إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله كما اشترط القرآن الكريم ذلك فى وضوح.

الباب الثانى
فى أركان الخلع

الباب الثانى

فى أركان الخلع

٦٢ - المقصود بأركان الخلع[١]: أجزاؤه التي يتكون منها، ولا يمكن تصور وجوده بدونها ويشتمل هذا الباب على ثلاثة فصول نتناول فيها أركان الخلع بهذا المعنى وهى:

الفصل الأول: فى صيغة الخلع

الفصل الثانى: فى عوض الخلع

الفصل الثالث: فى طرفى الخلع وما يشترط فيهما

(١) ركن الشيء فى اللغة: جانبه الأقوى، أما عند فقهاء الشريعة فقد اختلف فيه، فالجمهور على أنه ما لا بد له لتصور وجود العقد سواء أكان جزءاً منه أم مختصا به، والحنفية يرون أنه ما كان جزءاً من العقد ولا يوجد العقد إلا به، ويرى أستاذنا الدكتور / أنور دبور أن الخلاف حول تعريف الركن إنما هو خلاف اصطلاحى لا يترتب عليه أثر حقيقى (يراجع: أستاذنا الدكتور / أنور دبور فى كتابه أحكام التركات ص٥١)

الفصل الأول

في

صيغة الخلع

تمهيد وتقسيم

٦٣ – الصيغة ركن من أركان الخلع وهى: ما يعبر به أطراف الخلع عن وقوعه إذ لا بد من صيغة تعبر عن وقوع الخلع _ أياً كان شكل هذه الصيغة–فلا يقع بالنية وحدها.

وعند حديثنا عن صيغة الخلع فإننا سنتناول – بإذن الله – المباحث الآتية:–

المبحث الأول: الألفاظ التى يقع بها الخلع.

المبحث الثاني: الإشهاد على وقوع الخلع.

المبحث الثالث: في تعليق صيغة الخلع على شرط أو إضافته إلى أجل.

المبحث الرابع: الخلع بالمعاطاة.

المبحث الأول

الألفاظ التى يقع بها الخلع

٦٤ - يقع الخلع بألفاظ كثيرة منها ما هو صريح وما هو كناية - خلافاً للحنفية الذين اشترطوا في الخلع أن يكون بألفاظ مخصوصة، كما سيأتى توضيح ذلك، وعلى هذا فإن الألفاظ التى يقع الخلع بها تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: اللفظ الصريح:

٦٥ - اللفظ الصريح هو ما قطع بصراحته فيما استخدم فيه وهو هنا لفظ الخلع وما اشتق منه إذا ذكر معه العوض وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء نظراً لكثرة استعماله وتكرره على لسان حملة الشريعة.

ولا شك أن اللفظ الصريح يقع به الخلع عند الفقهاء، وإن كان من الألفاظ الصريحة ما اختلف في صراحته وهو ما اشتق من لفظ الفسخ أو لفظ المفاداة وذلك على النحو التالي:

أولاً :- ما اشتق من لفظ الفسخ:

٦٦ - اللفظ المشتق من لفظ الفسخ انقسم الفقهاء فيه إلى رأيين:

الرأي الأول:

أن ما اشتق من لفظ الفسخ هو من قبيل الصريح وإليه ذهب الحنابلة والراجح عند الشافعية.

وحجتهم في ذلك أنه أشد دلالة على حقيقة الخلع من لفظ الخلع نفسه، إذ هو مقصود الخلع ومقتضاه، ألا ترى أنه إذا استعمل لفظ التمليك في عقد البيع كان صريحاً لأن التمليك هو المراد من عقد البيع فكذا لفظ الفسخ فى

الخلع[1].

الرأي الثاني:

يرى بعض الشافعية أن ما اشتق من لفظ الفسخ هو كناية وليس من قبيل الصريح.

وحجتهم في ذلك أن لفظ الفسخ لا يستعمل في فرقة النكاح إلا مقروناً بعيب أو بسبب – كأن كان الزوج مريضاً بما يمنع التناسل كالعنة والجب والخصاء – وذلك بخلاف لفظ الخلع فإنه يستعمل كثيراً في الفرقة.

وكون الفسخ هو مقصود الخلع ليس دليلاً على أنه من قبيل الصريح في عقد الخلع وذلك لأن القصد من الطلاق إنما هو تحريم المرأة وإبانتها ومع ذلك فإن التحريم والإبانة من كنايات الطلاق لا من صريحه.

– ويرد على أصحاب هذا الرأي بأن لفظ الفسخ المستعمل فى العيب أو الإعسار ونحوهما إنما هو الفسخ الذي لم يذكر معه العوض وليس هذا مما نحن بصدده إذ المراد لفظ الفسخ المقترن بالعوض كأن قال الزوج لزوجته فسخت نكاحك بكذا وهذا لا يستعمل إلا في الخلع فقط.

ثانياً: ما اشتق من لفظ المفاداة:

٦٧ – اللفظ المشتق من لفظ المفاداة اختلف الفقهاء فيه كذلك إلى رأيين:

---

(١) المغنى لابن قدامه ج٧ ص ٢٥٠، والمهذب للشيرازى ج٢ ص ٧٢، وانظر رسالة في الخلع للشيخ / مصطفى محمد عبد الخالق ص ٢٨ مخطوطة بمكتبة كلية الشريعة والقانون – بجامعة الأزهر.

الرأي الأول:

أنه من قبيل الصريح، ووجهتهم في ذلك أن القرآن قد ورد به فقال عز وجل: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[١] وقد رجّحه الشافعية وذهب إليه الحنابلة[٢].

الرأي الثاني:

أن ما اشتق من لفظ المفاداة هو من قبيل الكنايات وذلك لعدم تكراره في كتاب الله عز وجل وعدم شيوعه على لسان الفقهاء وإليه ذهب بعض فقهاء الشافعية[٣].

القسم الثاني الكناية:

٦٨ – وهى الألفاظ التى تستعمل في الطلاق وفى غيره فلا يقع الطلاق بشئ منها إلا إذا كان مقروناً بالنية أو بقرينة الحال التى تدل على أن الغرض منها هو الطلاق، وألفاظ الكنايات كثيرة.

منها قول الرجل لزوجته: أنت بائن أو بته، أو اذهبى إلى أهلك أو حبلك على غاربك.

٦٩ – وقد اختلف الفقهاء فى وقوع الخلع بالكناية، فيرى فقهاء الحنابلة أن الخلع ينعقد بالكناية بدون النية لأن قرينة الحال في الكناية تقوم مقام

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٢) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٢، كشاف القناع ج ٥ ص ٢١٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ج١ ص ٣٠١، ورسالة مخطوطة لفضيلة الشيخ/مصطفى محمد عبد الخالق ص ٢٥

النية[1].

ويفرق المالكية بين أن تكون الكناية ظاهرة وخفية: فالكناية الظاهرة كقول الرجل لامرأته: خليت سبيلك أو عصمتك في يدك أو أنت بائن فهنا يلزم الطلاق بدون نيه – كالصريح – إذا جرى العرف بها أما إذا تناسى الناس استعمالها في الطلاق أو لم تعد شائعة على الألسنة فإنها تحتاج إلى نية.

والكناية الخفية هي ما لم يجر العرف بها ولم يشع استعمالها بين الناس في الطلاق، كأن يقول الرجل لزوجته الحقى بأهلك أو أنت حرة، فهذه الألفاظ أو ما شاكلها لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه الزوج[2].

أما الأحناف فلا يرون الخلع إلاّ باللفظ الصريح وهو عندهم في لفظي (الخلع والمبارأة)، فإذا كانت الفرقة بغير ذلك حتى لو كانت بصريح الطلاق فلا تسمى عندهم خلعاً ولا يترتب عليها أحكام الخلع وإن دفعت مالاً كان طلاقاً على مال لا خلعاً[3].

ورأى الأحناف هذا ... على النقيض مما ذهب إليه الظاهرية الذين يرون وقوع الخلع بأى لفظ كان، فلا يختص بلفظ دون غيره[4].

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٢٩.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٣.

(٣) حاشية بن عابدين ج ٣ ص ٤٥٢.

(٤) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٤.

المبحث الثانى
فى
الإشهاد على وقوع الخلع

٧٠ – المراد بالإشهاد على الخلع: حضور شاهدى عدل من الرجال عند صدور الإيجاب والقبول من الزوجين المتخالعين.

٧١ – وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الإشهاد على الخلع – كما اختلفوا في حكم الإشهاد على الطلاق بشكل عام.

- فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد على الخلع ليس شرطاً لوقوعه وإنما هو أمر مندوب إليه للتوثق ومخافة الجحود والنكران، وعلى هذا فالخلع صحيح إذا لم يتم الإشهاد عليه.
- وقد نص صاحب مدارك التنزيل عند تفسيره لقول الله تعالى "وأشهدوا ذوى عدل منكم " على ذلك فقال: " يعنى عند الرجعة والفرقة جميعاً، وهذا الإشهاد مندوب إليه، لئلا يقع بينهما التجاحد"(١).
- بينما ذهب الشيعة الامامية إلى وجوب الإشهاد على الخلع، بحيث لا يقع بدونه، وهو كما قالوا في الطلاق حيث لا يقع الطلاق عندهم إلاً بحضور شاهدين عدلين، فإذا طلق شخص زوجته بدون حضور شاهدى عدل، كان الطلاق لغواً ولا اعتبار له، ولا يترتب عليه أى أثر(٢).

---

(١) تفسير النسفى ج ٤ ص ٢٦٥.

(٢) جواهر الكلام ج ٥ ص ٣٥٥.

- ولما كان الخلع فرقة بين الزوجين فهو كالطلاق، وقد أوجبوا له شرط الإشهاد كما أوجبوه في الطلاق وهو ما نصوا عليه بقولهم " لا يكون خلع ولا مباراة إلاّ على طهر من المرأة من غير جماع، وشاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير وإقرار المرأة أنها على طهر من غير جماع يوم تخييرها"(١).

٧٢ - وسبب الخلاف بين الفريقين يرجع إلى المستفاد من الأمر الوارد بقوله تعالى ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾(٢)، فبينما يرى الجمهور أن الأمر في الآية للندب، وأن المقصود بالإشهاد فى الآية هو الإشهاد على الرجعة فقط دون الطلاق، يرى الآخرون أن الأمر فى الآية للوجوب وأن المقصود بالإشهاد فى الآية هو الإشهاد على الرجعة والطلاق معاً(٣).

الترجيح:

٧٣ - لعل الراجح هو ما ذهب إليه الشيعة الامامية، من أن الإشهاد على الخلع واجب، وأن وقوع الطلاق والخلع يتوقف على وجود شاهدي عدل، لأن الأمر بالإشهاد في الآية شامل للرجعة والطلاق، وأنه للوجوب - وفقاً للقاعدة الأصولية- حيث لا يوجد في الآية ما يصرفه عنه، بل وجد ما يؤكد هذا الوجوب وهو قوله تعالى " وأقيموا الشهادة لله " وقوله تعالى "ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم اليوم الآخر " فضلاً عن أن القول

---

(١) جواهر الكلام ج ٥ ص ٣٥٥.

(٢) سورة الطلاق - الآية رقم (١).

(٣) يراجع تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ٤ ص ٣٧٩.

بوجود الإشهاد من شأنه تحقيق العلانية ودرء النزاع والخلاف عند الجحود والنكران ويثبت لكلا الزوجين حقه قبل الآخر، كما أن من شـــأنه تــأخير الطلاق لمن يشرع فيه والتروى لحين إحضار الشهود وهو الأولى والأفضل في إيقاع الفرقة(١).

(١) استئناساً برأى الأستاذ / محمد سلام مدكور – الوجيز لأحكام الأسرة في الاســلام ص ٢٥٨.

المبحث الثالث
في
اقتران صيغة الخلع
بشرط أو إضافتها إلى أجل

٧٤ - أجاز فقهاء الأحناف للزوج أن يعلق الخلع علـــى شـــرط، وأن يضيفه إلى زمن مستقبل، كأن يقول: إذا قدم فلان فقد خالعتك على كذا، أو خالعتك على كذا رأس الشهر القادم ويكون القبول للزوجة عند تحقق الشرط أو حلول الوقت المضاف إليه(١).

يقول الامام الكاساني في ذلك "وله أن يعلقه بشرط ويضيفه إلى وقـــت نحو أن يقول: إذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم، أو يقول: خالعتـــك على ألف درهم غـــداً أو رأس شهر كذا، والقبول إليها بعد قـــدوم زيـــد أو بعـــد مجئ الوقت"(٢).

كما قرر فقهاء الأحناف أن الزوج إذا علق الخلع على شرط أو أضـــافه إلى أجل، فلا يجوز له الرجوع عن ايجابه قبل قبول الزوجـــة أو رفـــضها وكذا لا يملك فسخه ولا نهى المرأة عن القبول إذا كان هو الموجب للخلـــع ابتداء، لأن معنى ايجاب الخلع من الزوج تعليق الفرقة على قبولها فهو يمين من جانبه فلا يملك الرجوع عنه(٣).

---

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨٩٣، حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٢.

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨٩٣.

(٣) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٨٩٣.

٧٥ – و قد اتفق الشافعية والمالكية مع الأحناف فى ذلك، فأجازوا وقوع الخلع بصيغة التعليق كمتى أعطيتنى كذا، فإذا كان الزوج هو الموجب بأن بدأ الخلع من جانبه بصيغة التعليق كأن يقول: متى أعطيتنى ألف درهـــم فأنت طالق، فيقع الطلاق عند تحقق الإعطاء، لأن ذلك من ألفــاظ التعليــق فيقع عند تحقق الصفة كسائر التعليقات، وحينئذ فلا رجوع له قبل الإعطاء كالتعليق الخالى من العوض، على نحو: إن دخلت الدار فأنت طالق(١).

٧٦ – وقد ورد عند الحنابلة ما يوافق ذلك فنص ابن قدامة في المغنــى على أنه " إن قالت طلقني بألف إلى شهر أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر فقال:إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق رأس الشهر بائنا لأنه بعوض، وإن طلقهــا قبل مجــيء الــشهــر طلقت ولا شيء له "(٢).

٧٧ – كما يرى الزيدية جواز تعليق الخلع على شرط، وفى هذه الحالة لا يجوز الرجوع من الزوج(٣).

٧٨ – وإن كان من الفقهاء من نص على جواز تعليق الخلع على شرط أو إضافته إلى أجل – فقد ثار النقاش حــول فــرعين هــامين فــي هــذا الموضوع:

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٧٠، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٥٨.

(٢) المغنى لابن قدامه ج٧ ص ٢٥٢.

(٣) البحر الزخار ج٣ ص ١٧٧.

الفرع الأول

شرط الخيار

٧٩ - وهو أن يخالع الرجل زوجته ويحتفظ لنفسه بحق الرجوع أو الخيار خلال فترة معينة كأن يقول لها: خالعتك على ألف على أن لى الخيار ثلاثة أيام.

- وقد قال الأحناف في هذه المسألة بوقوع الخلع مع بطلان الشرط فإن قبلت الزوجة وقع الخلع ولزمها المال ولا عبرة بالشرط.
- يقول الكاسانى " ولو شرط الخيار لنفسه بأن قال: خالعتك على ألف درهم على أنى بالخيار ثلاثة أيام لم يصح الشرط ويصح الخلع إذا قبلت "(١).
- - ويرى الحنابلة بطلان شرط الخيار مع صحة الخلع وهو ما نص عليه ابن قدامة بعدما نقل رأى الأحناف فقال " فإن شرط الخيار لها أو له يوما أو أكثر وقبلت المرأة صح الخلع وبطل الخيار وبه قال أبو حنيفة فيما إذا كان الخيار للرجل وقال: إذا جعل الخيار للمرأة ثبت لها الخيار ولم يقع الطلاق، ولنا إن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ فوقع به كما لو أطلق ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه"(٢).
- أما المالكية فلا يرون الإيجاب والقبول في الخلع إلاً في مجلس واحد، فإذا قامت الزوجة من مجلسها قبل أن يتم القبول بطل الإيجاب، وكذا لا يجوز تأخير القبول إلى ما بعد المجلس(٣).

---

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨٩٣.

(٢) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٢٥٢.

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٨

الفرع الثانى

اقتران صيغة الخلع بشرط الرجعة

٨٠ - إذا اقترنت صيغة الخلع بشرط الرجعة فهل يصح هذا الشرط ويقع الخلع طلاقاً رجعياً أم لا يصح ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

٨١ - **المذهب الأول:** تثبت الرجعة ويبطل الخلع، وإليه ذهب الشافعية وهو أحد وجهين عند الحنابلة[١]، لأن شرط الرجعة والعوض متنافيان، فإذا اشترطا سقطا وبقى الطلاق على أصله، والأصل فيه أنه رجعى، فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط، لما قرره الفقهاء من أن (ما ثبت بالشرع مقدم على ما وجب بالشرط ... فلو قال طلقتك بألف على أن لى عليك الرجعة سقط قوله بألف ويقع رجعياً، لأن المال يثبت بالشرط والرجعة بالشرع فكانت أقوى)[٢].

ولأنه شرط في العقد ما ينافى مقتضاه وهو ملك الزوجة لنفسها فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع[٣].

٨٢ - **المذهب الثانى:** يبطل الشرط ويصح الخلع، وهو مذهب الزيدية والشيعة الامامية، وهو الرأى الثانى عند الحنابلة، وهو أحد القولين عن

---

(١) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٤، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٧١، المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٨٥.

(٢) الاشباه والنظائر في الفروع للسيوطى ص ١٠٢ القاعدة الخامسة والعشرون.

(٣) المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٨٥.

الامام مالك[1].

فكما أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد إذا شرط فيه ما ينافى مقتضى العقد كما لو شرط عليها في النكاح أن لا يطأها فيصح العقد ويبطل الشرط فكذا هنا.

ولأن لفظ الخلع يقتضى البينونة بين الزوجين لأنها إنما أعطته العوض لتملك نفسها، ولو وقع رجعياً لم تملك نفسها.

فإذا شرط معه الرجعة بطل الشرط لمخالفته لمقتضى العقد[2].

٨٣ – هذا وقد اختلف أصحاب هذا المذهب فيما يجب للزوج من العوض مع القول بإبطال الرجعة وصحة الخلع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يجب للزوج ما سمى عند المخالعة، لأنهما رضيا به عوضا فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة، وهذا القول لبعض الحنابلة[3].

القول الثانى: يسقط المسمى في العوض ويجب له المسمى في عقد

---

(١) البحر الزخار ج ٤ ص ١٧٩، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٧١ و ٧٣، المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٨٥،. جواهر الاكليل ج ١ ص ٣٣٢، حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥١، و القول الآخر للامام مالك فهو: أن الشرط صحيح وتثبت الرجعة للزوج، لأن الاتفاق بين الزوجين تم على طلاق رجعى على أن تنقص الطلقات طلقة واحدة وهذا جائز فالعوض يكون في مقابل الطلقة الرجعية (حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥١ و تفسير القرطبى ج ٣ ص ١٤٦).

(٢) المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٨٥، تفسير القرطبى ج ٣ ص ١٤٦.

(٣) المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٨٥.

النكاح لأنه لم يرض بالمسمى في العوض وحده حتى ضم إليه الشرط، فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذى نقصه من أجله إليه فيصير مجهولاً، فيسقط، وإذا سقط ما سماه في الخلع وجب المسمى في عقد النكاح وهذا قول آخر للحنابلة أيضاً(١).

القول الثالث: يجب للزوج مهر المثل، لأن شرط الرجعة انما أفسد العوض، والخلع لا يفسد بفساد العوض فلا يسقط في هذه المسألة بل يقوم مهر المثل بدل الخلع الفاسد، وهذا رأى الشافعية(٢).

الترجيح:

٨٤ – ومما سبق – من عرض الأدلة – نميل إلى الأخذ بمذهب القائلين بإبطال شرط الرجعة وصحة الخلع، ووجوب العوض المسمى للزوج وقت الخلع.

لأن الرجعة في الخلع منافية لمقصوده، ولأنها ما رضيت بإعطائه العوض إلا لتملك نفسها وتتخلص من زوجها، ولو وقع رجعياً لما استطاعت أن تملك نفسها، فيكون شرط الرجعة باطلاً.

وإذا بطل الشرط صح العقد، لكونه من العقود التى لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح، ولا يلزم من فساد الشرط فساد العوض هنا، حتى يصار إلى المسمى في النكاح أو مهر المثل، فيكون الخلع على ما اتفقا عليه من العوض، والله تعالى أعلم.

---

(١) المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٨٥..

(٢) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٤.

المبحث الرابع

في الخلع بالمعاطاة

٨٥ - المعاطاة هي مبادلة تدل على تبادل الارادتين دون تلفظ بإيجاب وقبول كما لو دفعت الزوجة لزوجها مالاً فأخذ الزوج المال ثم فارقهـا أو فارقته دون تلفظ بإيجاب أو قبول، فهل يصح الخلع فى هذه الحالة أم لا بد من اللفظ؟

٨٦ - من الواجب أن نشير - في البداية - إلى أن الفقهاء قد حرمـوا المعاطاة في النكاح لأنه عقد يرد على المتعة الجنسية إذ لا فرق حينئذ بينه و بين نكاح السفاح في هذا.

فلو جازت المعاطاة في النكاح بأن يدفع رجل لامرأة مبلغاً مـن المـال دون أن يتلفظا بعقد، لم يكن هذا دليلاً على زواج يميزه عن السفاح المحرم ولهذا قالوا لا بد من الإيجاب والقبول اللفظيين.

- وفى هذا يقول الإمام القرافى بعد أن ساق الأدلة على تحريم انعقـاد النكاح بالمعاطاة " وقاعدة النكاح وقع التشديد فيها، فقد اتفقوا على اشـتراط الصيغ فيها حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة ألبته"(١).

٨٧ - أما الخلع فقد اختلف الفقهاء في صحة وقوعه بالتعاطى كأن تدفع الزوجة لزوجها عوضاً وتفارقه دون أن يصدر إيجاب وقبول لفظيان.

---

(١) الفروق للقرافى ج ٣ ص ١٨٣

فللفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول أنه لا يجوز الخلع بالمعاطاة بل لا بد من الإيجاب والقبول اللفظيين، وما عدا ذلك من فعل فلا دلالة له على التراضي بينهما.

وهو رأى الحنفية والشافعية ورواية راجحة للحنابلة وقول للشيعة الامامية[1].

وقد جاء في مغنى المحتاج: (ويشترط قبولها أى المختلعة الناطقة بلفظ غير منفصل... فتقول قبلت أو اختلعت ونحوه فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر)[2].

ويقول ابن قدامة: (ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج)[3].

القول الثاني: أن الخلع بالمعاطاة جائز إذا أقام العرف دليلاً على قصد كل من الزوجين بالفرقة فلا يشترط في هذه الحالة التلفظ بالإيجاب والقبول.

وهو رأى المالكية ورواية مرجوحة عند الحنابلة[4].

فقد جاء في حاشية الدسوقى: (وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٤٣، بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨٩٤، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٩، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٢، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٧٣.

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٩.

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٢.

(٤) حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٨، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص١٨٢.

بالطلاق فيمن عرفهم المعاطاة)[1].

وجاء في المغنى لابن قدامة: (روى عن أحمد أنه سئل كيف الخلع؟ قال: إذا أخذ المال فهي فرقة)[2].

٨٨ - الأدلة :

أولاً: أدلة أصحاب القول الأول الذين يرون أن الخلع بالمعاطاة لا يجوز وهى كما يلي:-

١) أن الخلع بعوض هو أحد أنواع الطلاق فلا يصح بدون اللفظ كما لو سألته أن يطلقها، فإن الطلاق لا يقع إلا باللفظ ممن هو قادر عليه.

٢) أن الخلع إن كان طلاقاً فلا يقع بدون صريح اللفظ أو كنايته، وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد[3].

ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني الذاهبين إلى جواز وقوع الخلع بالمعاطاة وهى كما يلي:

أولاً : من السنة :

١- ما روى عن ابن عباس: " أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر في الإسلام،لا أطيقه بغضا.

فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم

---

(١) حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٨.

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٢.

(٣) الرجع السابق – نفس الموضع.

فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد"[1].

فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ منها حديقته وفرق بينهما دون أن يستدعى منهما لفظاً واكتفى بوقوع الفرقة بينهما دون تلفظ بها.

٢ – ما روى عن على " من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بائنة لا رجعة له فيها ".

وأورد بن قدامة عن بعض التابعين قولهم " أخذ المال تطليقة بائنة"[2].

وقد جرى العمل على ذلك في عهد الصحابة والتابعين.

ثانياً: المعقول:

فإن دلالة الحال تغنى عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك العمل فعملاه استحقا الأجر وان لم يشترطا عوضاً[3].

– وقد أجاب أصحاب الرأى الأول على ما استدل به أصحاب القول الثاني وهو استدلالهم بحديث جميلة: أنه لا دلالة لهم فيه، ففى روايه البخاري عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكنى أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه

(١) سنن ابن ماجة ج ١ ص ٦٦٣.

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٢.

(٣) المرجع السابق – نفس الموضع.

وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال رسول الله صـلى الله عليه وسلم: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة "[1].

والحديث صريح في اعتبار اللفظ، وفى رواية أخرى: " فأمره ففارقها " وفى هذا ما يقطع بأن الفرقة مشروطة باللفظ وأن مجرد بذل المال وقبوله لا يكفى وحده لوقوع الخلع، لأنه لو جاز ذلك لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطلاق أو الفراق لاعتباره من تحصيل الحاصل لعدم إفادته معنى جديداً، وتحصيل الحاصل في كلامه صلى الله عليه وسلم محال لصون كلام العقلاء عنه ولأن من لم يذكر أمر الرسول صلى لله عليه وسلم بالفرقة إنما اقتصر على بعض القصة دون البعض الآخر الذي ورد فيه الأمر بالفراق والطلاق مع أنهما في قصة واحدة، ونسب التفريق إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهذا كله مردود، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يباشر التفريق لكونه حق الزوج وإنما أمر به، وهذا يستلزم اللفظ الذي يقع به.

٨٩ - وبهذا يتبين لنا رجحان رأى القائلين بأن الخلع لا يقع بالمعاطاة وأنه لا بد من الإيجاب والقبول اللفظيين، والله تعالى أعلم.

(١) فتح البارى شرح صحيح البخارى ج ٩ ص ٣٩٥، جامع الأصول ج ٤ ص ١٣٣.

الفصل الثانى
في
عوض الخلـع

تمهيد وتقسيم

٩٠ – عوض الخلع هو المقابل الذى يأخذه الزوج من الزوجة أو مــن غيرها عند المخالعة.

ونتناول في هذا الفصل عدة مباحث في تفصيل أمر (العوض) من حيث مشروعية أخذه و مقداره وبيان ما يصلح أن يكون عوضا في الخلع وما لا يصلح لذلك، ثم نبين أراء الفقهاء حال النزاع في مقدار العوض أو نوعــه وذلك على النحو التالى:–

المبحث الأول: في مشروعية العوض.

المبحث الثاني: في مقدار العوض.

المبحث الثالث: فيما يجوز أن يكون عوضاً فى الخلع

المبحث الرابع: في النزاع في العوض.

المبحث الأول
في
مشروعية أخذ العوض على الخلع

٩١ - سبق أن أشرنا إلى مشروعية الخلع بأدلة من الكتاب والسنة النبوية منها قوله تعالى ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾(١).

ومنها الأحاديث النبوية الشريفة التى سبق ذكرها عند الحديث عن مشروعية الخلع، ومن هنا يقال: أنه لا خلاف بين جمهور المسلمين أن من أراد مخالعة امرأة على عوض فذلك جائز.

قال القرطبي: (والجمهور على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز)(٢) وذلك إذا لم يراع أحد الزوجين ما أوجبه الله عليه من حقوق وواجبات نحو زوجه وخيف من عدم إقامة حدود الله بينهما.

٩٢ - ونحن فى هذا المبحث لا نكرر الحديث عن مشروعية الخلع وإنما نبحث بعض الشروط والحالات التى ربط الفقهاء بينها وبين أخذ الزوج للعوض، وهذا ما نتناوله في المطالب الآتية:

---

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٣ ص ١٣٧.

المطلب الأول: شرط الشقاق والضرر بين الزوجين.

المطلب الثانى: شرط الكراهية من الزوجة.

المطلب الثالث: إذا كانت الكراهية من جانب الزوج.

المطلب الرابع: هل يجوز عضل الزوجة إذا ارتكبت الفاحشة؟

المطلب الأول

شرط الشقاق والضرر بين الزوجين

٩٣ - فقد تحدث الفقهاء عن هذا الشرط لجواز تقاضى الزوج للمال مقابل مخالعته لامرأته.

٩٤ - والفقهاء في ذلك فريقان:

الفريق الأول: ويرون أن بذل المال مشروط بوجود الشقاق والضرر بين الزوجين عند الخوف من عدم إقامة حدود الله، وحدود الله هى ما فرضته الشريعة الإسلامية على كل واحد منهما نحو شريكه وذلك لقوله تعالى: " إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله " وأصحاب هذا الشرط هم الشيعة الإمامية والظاهرية[١].

الفريق الثانى: ويذهبون إلى أن أخذ العوض ليس مشروطاً بوقوع الضرر والشقاق وإن ذكر هذا في القرآن الكريم، لأن الله سبحانه لم يذكره على سبيل الشرط وإنما لأنه الغالب من أحوال الخلع وإلى هذا يذهب جمهور الفقهاء[٢].

الأدلة:

٩٥ - أدلة الفريق الأول

استدل الفريق الأول الذي يرى أن أخذ العوض مشروط بوجود الشقاق بالقرآن الكريم وبالسنة النبوية:

---

(١) شرائع الاسلام ج ٢ ص ٧١، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٥.

(٢) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٠ و ٧١، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٢، بداية المجتهد ج ٢ ص ٧١، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٧٣.

أولاً :- من القرآن الكريم :

١ - قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ﴾[١].

فالآية تدل على منع أخذ العوض من الزوجة إلا عند وقوع الشقاق والضرر بينهما.

فالأصل عدم حل أخذ مال الزوجة، إلا أن الله سبحانه وتعالى أباح ذلك في وضع معين حيث قال سبحانه " الا أن يخافا " وكذا تدل الآية - بالمخالفة - على أن الجناح لاحق بهما حال اقامتهما لحدود الله، و أتبع بالتغليظ والوعيد على ذلك[٢].

حيث قال عز وجل: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[٣].

٢ - وقوله تعالى أيضاً: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[٤] " حيث اشترطت الآية الكريمة أيضاً وجود الشقاق بين الزوجين لبعث الحكمين للصلح أو التفريق فإذا ما فرقا فقد

(١) سورة البقرة - الآية ٢٢٩.

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٥.

(٣) سورة البقرة - الآية ٢٢٩.

(٤) سورة النساء - الآية ٣٥.

يحكمان بعوض على الزوجة تدفعه لزوجها ولهذا اشترط الشقاق.

وقد نوقش هذا الإستدلال: بأن ذكر الشقاق في الآيتين جرى على حكم الغالب، فإن الله تعالى لم يذكره على سبيل الشرط وإنما ذكره لأنه الغالب من أحوال الخلع فخرج القول على الغالب.

وفى هذا يقول الإمام القرطبى: (تمسك بهذه الآية من رأى اختصاص الخلع بحالة الشقاق والضرر وأنه شرط في الخلع ...والذي عليه الجمهور من الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر ...وأما الآية فلا حجة فيها لأن الله عز وجل لم يذكرها على جهة الشرط، وإنما ذكرها لأنه الغالب من أحوال الخلع فخرج القول على الغالب)(١).

ثانياً: من السنة النبوية:

قصة امرأة ثابت بن قيس المذكورة وقولها (لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها) وقد سبق ذكره بروايات عديدة منها " أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر يدها فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الصبح فدعا النبى صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال: خذ بعض مالها وفارقها، فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم، قال: فإني أصدقتها حديقتين وهما بيدها، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: خذهما وفارقها، ففعل(٢).

فالحديث يدل بمفهومه على أن مشروعية الخلع كانت بعد أن وجد الخلاف والشقاق بين الزوجين، فهى تشكو زوجها للنبى صلى الله عليه

(١) تفسير القرطبى ج ٣ ص ١٤٠.

(٢) سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٦٩

وسلم من سوء معاملته لها بالضرب.

وقد نوقش هذا الإستدلال: بأن الكره قد لا يرجع إلى سوء المعاملة في العشرة أو وقوع الشقاق والضرر وإنما قد يرجع إلى عوامل نفسية مصدرها وأسبابها أمور شخصية تعود للمرأة ولا دخل للرجل فيها، كما تدل على ذلك الرواية الأخرى للحديث أن حبيبة بنت سهل امرأة ثابت بن قيس ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا يجتمع رأسي ورأس ثابت، إني رفعت جانب الخباء، فرأيته أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادا، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجها.

فقال: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم وإن شاء زدته ففرق بينهما.

وفى رواية قالت: يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق الا أنى أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. فردت عليه وأمره ففارقها.

وفى رواية قالت: ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكنى أكره الكفر في الاسلام[1].

٩٦ – أدلة الفريق الثانى

– وقد استدل الفريق الثانى وهم جمهور الفقهاء القائلون بأن الشقاق ليس شرطاً في جواز أخذ العوض بالكتاب والسنة أيضاً:

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ٣٩٥.

أولاً : من القرآن الكريم :

قال تعالى ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾[1].

فالآية الكريمة تدل على إباحة وطيب أخذ المال من الزوجة إذا كان ذلك برضاها دون أن يكون هناك أى شرط من شقاق أو نزاع أو غير ذلك[2].

قال ابن العربى: (فإذا أعطتك مالها برضاها من صداق وغيره فخذه)، وقال أيضاً: (طيبوا نفساً كما تطيبون بسائر النحل والهبات)[3].

ثانياً : من السنة النبوية :

عموم الروايات السابقة تدل على جواز الخلع وإباحة أخذ العوض من الزوجة من غير ضرر أو شقاق منهما أو من أحدهما للآخر.

ومن هذه الروايات رواية الإمام البخارى التى جاء فيها:- عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله انى لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم[4].

---

(١) الآية ٤ من سورة النساء.

(٢) تفسير الرازى ج ٦ ص ١٠٠ و ج ٩ ص ١٨٢.

(٣) أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ١٩٤.

(٤) البخارى ج ٥ ص ٢٠٢١ و فتح البارى ج ٩ ص ٣٩٤.

المطلب الثانى

شرط الكراهية من الزوجة

٩٧ - هل يشترط لجواز أخذ العوض من الزوجة أن تكون الكراهية من جهتها فقط دون أن يكون للزوج رغبة فى ا لفرقة أم لا يشترط ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

٩٨ - القول الأول:

وهم يشترطون وجود الكراهية من الزوجة لجواز أخذ العوض منها، لئلا يتخذ الأزواج ظلم زوجاتهم وسوء معاملتهن وسيلة لسلب أموالهن حتى تمل الزوجة من سوء المعاملة وتفتدى نفسها بدفع أموالها للخلاص من هذا الظلم.

فإذا خالع الزوج زوجته ولم تكن كارهة له فالخلع باطل، لأنه لا يجوز أخذ مال الزوجة بدون حق - والله سبحانه حين أباح الخلع وأخذ الفدية انما أباحه بشرط وجود الكراهية من الزوجة فإذا لم يتحقق هذا منها - وقد أخذ منها فدية - وجب رد المال إليها لأنه أكل لمالها بغير حق، وهذا الرأى للشيعة الإمامية والزيدية والظاهرية[1].

٩٩ - واستدلوا على هذا الرأى: بقول الله تعالى " إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله " فالآية الكريمة قيدت رفع الجناح عن المتخالعين بحالة خوفهما من عدم إقامة حدود الله فيما بينهما فيكون الجواز مقيدا بهذا الاعتبار فإذا ما

(١) شرائع الاسلام ج ٢ ص ٧١، البحر الزخار ج ٣ ص ١٧٨، المحلى ج ١٠ ص٢٣٥.

كانت الكراهية من جانب الزوجة فقد تحقق الخــوف من عدم إقامة حــدود الله في زوجها.

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن الله تعالى لم يخص المرأة بذلك، فالخوف من عدم إقامة حدود الله ليس قاصرا على الزوجة فحسب بل يكــون مــن جانب الزوج أيضاً، فإذا لم تقم بحقوق الزوج كان ذلــك مقتــضيا لــبغض الزوج لها فنسبت المخالفة إليهما لذلك[١].

قال ابن حجر: (وأجاب الطبرى وغيره عن ظاهر الآية: بأن المرأة إذا لم تقم بحقوق الزوج التى أمرت بها كان ذلك منفراً للــزوج عنهــا غالبــاً ومقتضياً لبغضه فنسبت المخالفة إليها لذلك)[٢].

و قد جاء في تفسير الآية الكريمة أن: سبب هذا الخوف وان كان أولــه من جهة المرأة الا أنه قد يترتب عليه الخوف الحاصل من قبل الزوج، لأن المرأة تخاف على نفسها من عصيان الله في أمر الزوج، وهو يخاف أنها إذا لم تطعه فإنه يضربهــا ويشتمهــا، وربما زاد على قــدر الواجــب فكــان الخوف حاصلاً لهما جميعاً[٣].

كما جاء في تفسيرها: فإن خفتم أيها المؤمنون أن لا يقيم الزوجان مــا حد الله لكل واحد منهما على صاحبه وألزمه به من فرض، وخشيتم عليهما تضييع فرض الله وتعدى حدوده في ذلك فلا جناح حينئذ عليهما فيما افتدت به المرأة نفسها من زوجها ولا حرج عليهما فيما أعطت على فراق زوجها

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٩.

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ٤٠١.

(٣) مفاتح الغيب ج ٦ ص ١٠١.

إياها ولا على هذا فيما أخذ منها من الجعل والعوض عليه[١].

١٠٠ – القول الثانى:

وأصحابه لا يشترطون لصحة الخلع وأخذ العوض أن تكون الكراهية من الزوجة لأن وجود الكراهية والشقاق بينهما يكفى لأن يكون سبباً لإباحة أخذ العوض سواء فى ذلك أن تكون الكراهية من قبل الزوجة أو من قبل الزوج، ولأن عدم قيام أحدهما بواجباته تجاه الآخر في حدود ما أمر الله به يقتضي غالباً بغض الطرف الآخر له، ومقابلة السيئة بالسيئة أو بأشد منها وفى هذا يتحقق قوله سبحانه " الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله " وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[٢]، وهو ما نزيده تفصيلاً فى المطلب التالى، مع ذكر الأدلة ومناقشتها.

---

(١) تفسير الطبرى ج ٢ ص ٤٦٦ و ٤٦٧

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٠٥، بداية المجتهد ج ٢ ص ٧١، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٢، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٧٣.

المطلب الثالث

حالة الكراهية من جانب الزوج

١٠١ – إذا جاءت الكراهية من قبل الزوج لزوجته ولكن لم يحدث عضل منه وإكراه لها لتفتدى نفسها فقد ذهب الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة آراء:

الرأى الأول: أن النشوز إذا كان من الزوج فلا يحل له أخذ شئ من العوض لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾(١) أى لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن، ولقوله تعالى أيضاً: ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾(٢) فقد نهى سبحانه وتعالى الزوج عن أخذ شئ مما آتاها من المهر وأكد النهى بقوله ﴿ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية(٣).

الرأى الثانى: إذا جاء النشوز من قبل الزوج وعلم أنه ظالم لها وقع عليها الطلاق ويرد عليها ما أخذه منها، وهورأى المالكية(٤).

جاء في المدونة: (أنه إذا علم أن زوجها أضر بها أو ضيق عليها وأنه

(١) سورة النساء – الآية ١٩.

(٢) سورة النساء – الآية ٢٠.

(٣) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٠٤.

(٤) المدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٤١.

ظالم مضى عليه الطلاق ورد عليها مالها)[١].

مما يعنى أنه لو خالعها – عند أصحاب هذا الرأى – عن تراض لا عن ظلم جاز ذلك وصح قبضه للعوض.

الرأى الثالث: أنه إذا ضربها ظلماً لسوء خلقه لا يريد بذلك أن تفتدى نفسها منه لم يحرم عليه مخالعتها ويباح له أخذ العوض، وهو رأى الشافعية والحنابلة[٢].

يقول الامام الشافعى في الأم: (ولو خرج في بعض ما تمنعه من الحق إلى إيذائها بالضرب أجزت ذلك له لأن النبى صلى الله ليه وسلم قد أذن لثابت بأخذ الفدية من حبيبه وقد نالها بالضرب)[٣].

ويقول ابن قدامة: (وهكذا لو ضربها ظلماً لسوء خلقه أو غيره لا يريد أن تفتدى نفسها لم يحرم عليه مخالعتها)[٤].

واستدل أصحاب هذا الرأى برواية أبى داود عن عائشة: أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس فضربها فكسر بعضها فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الصبح فاشتكت إليه، فدعا النبى صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال: خذ بعض مالها وفارقها، فقال ويصلح ذلك يا رسول الله، قال: نعم، قال فإنى أصدقتها حديقتين وهما بيدها، فقال النبى صلى الله عليه

(١) المرجع السابق – نفس الموضع.

(٢) الأم للامام الشافعى ج ٥ ص ١٩٧، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٧٩.

(٣) الأم ج ■ ص ١٩٧.

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٧٩.

وسلم: خذهما وفارقها ففعل) (١)، فالحديث يدل على أن ثابت بن قيس قد ضرب زوجته فخالعته فعلم النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها مخالعتها له وقبضه للعوض.

(١) سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٦٩، جامع الأصول ج ٤ ص ١٣٦

المطلب الرابع

هل يجوز عضل الزوجة إذا ارتكبت الفاحشة

١٠٢ – إذا أتت الزوجة بفاحشة فعضلها[1] الزوج لتفتدى نفسها منه

(١) (عضل) المرأة – عضلاً:منعها من التزوج ظلماً، وفى القرآن الكريم ﴿ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ ﴾ (المعجم الوجيز ص٤٢٣)، والآية فى سورة البقرة رقم ٢٣٢.

والمعنى هنا: الإكراه والتضييق لما يدل عليه سبب نزول الآية الكريمة " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن" فقد أورد الإمام القرطبى: والمقصود نفي الظلم عنهن وإضرارهن والخطاب للأولياء...، واختلفت الروايات وأقوال المفسرين في سبب نزولها فروى البخاري عن ابن عباس: يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن، قال كانوا إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته إن شاء بعضهم تزوجها وإن شاؤا زوجوها وإن شاؤا لم يزوجوها فهم أحق بها من أهلها فنزلت هذه الآية في ذلك...، كان من عادتهم إذا مات الرجل يلقى ابنه من غيرها أو أقرب عصبته ثوبه على المرأة فيصير أحق بها من نفسها ومن أوليائها فإن شاء تزوجها بغير صداق إلا الصداق الذي أصدقها الميت وإن شاء زوجها من غيره وأخذ صداقها ولم يعطها شيئا وإن شاء عضلها لتفتدى منه بما ورثته من الميت أو تموت فيرثها فنزلت الآية فيكون المعنى لا يحل لكم أن ترثوهن من أزواجهن فتكونوا أزواجا لهن...، وقيل كان يكون ثم الرجل عجوز ونفسه تتوق إلى الشابة فيكره فراق العجوز لمالها فيمسكها ولا يقربها حتى تفتدى منه بمالها أو تموت فيرث مالها فنزلت هذه الآية وأمر الزوج أن يطلقها إن كره صحبتها ولا يمسكها كرها فذلك قوله تعالى لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها والمقصود من الآية إذهاب ما كانوا عليه في جاهليتهم وألا تجعل =

ففعلت فهل يصح الخلع ويحل له أخذ العوض أم لا؟

١٠٣ - ذهب الفقهاء إلى القول بصحة الخلع وجواز أخذ العوض إذا أتت بفاحشة فضارّها لتفتدى نفسها منه[١].

واستدلوا بقوله سبحانه: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾[٢].

فالآية الكريمة تنهى الأزواج عن مضارة الزوجات بقصد إجبارهن على بذل المال لافتداء أنفسهن واستثنت من النهى حالة إتيان المرأة بالفاحشة والاستثناء من النهى إباحة[٣].

= النساء كالمال يورثن عن الرجال كما يورث المال..، والخطاب للأولياء وقيل لأزواج النساء إذا حبسوهن مع سوء العشرة طماعية إرثها أو يفتدين ببعض مهورهن وهذا أصح..ودليل ذلك قوله تعالى إلا أن يأتين بفاحشة... و اختلف الناس في معنى الفاحشة فقال الحسن هو الزنا... وقال أبو قلابة إذا زنت امرأة الرجل فلا بأس أن يضارها ويشق عليها حتى تفتدى منه وقال السدي إذا فعلن ذلك فخذوا مهورهن وقال إبن سيرين وأبو قلابة لا يحل له أن يأخذ منها فدية إلا أن يجد رجلا قال الله تعالى إلا أن يأتين بفاحشة مبينة. (تفسير القرطبى ج ٥ ص ٩٤ و ٩٥)

(١) المهذب ج ٢ ص ٧١.

(٢) سورة النساء - الآية رقم ١٩.

(٣) المهذب ج ٢ ص ٧١.

ومن قال في الآية إنه لا يجوز أخذ الفدية منها إلا أن يرى على بطنهــا رجلاً يقول (فوقع النهى عن ذلك إلا أن يراها على فاحشة ولا يجد بينة ولا يحب أن يفضحهــا فيجوز حينئذ أن يفتدى منها ويأخــذ منهــا ما تراضيا عليه ويطلقهــا)[1].

(١) فتح البارى ج ٩ ص ٤٠١ و القائل بذلك هو أبو قلابة ومحمد بن سيرين.

المبحث الثانى
فى
مقدار العوض المخالع عليه

١٠٤ – أما مقدار ما يجوز أن تختلع به المرأة من عوض الخلع فهو محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من لم يحدد له قدراً معينا فيجوز لها أن تختلع بأكثر مما أعطاها أو بأقل منه أو بمقداره، ومنهم من قال: ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها.

١٠٥ – فالفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يجوز للمرأة أن تفتدى نفسها بما تراضيا عليه سواء أكان العوض أقل مما أعطاها أم أكثر منه أم مساوياً له.

وإليه ذهب المالكية والشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية ورواية عند الحنفية[١].

وقد روى ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة.

كما روى هذا الرأى عن مجاهد والنخعى.

وجاء في المدونة: (قال مالك: لم أر أحدا ممن يقتدى به يكره أن تفتدى المرأة بأكثر من صداقها)[٢].

وقال الإمام الشافعى: (إذا كانت مؤدية لحقه كارهة له حل له أن يأخذ،

---

(١) المدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٤٠، المهذب ج ٢ ص ٧٣، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٥، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٥، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٦٩.

(٢) المدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٤١.

فإنه يجوز أن يأخذ منها ما طابت به نفسا بغير سبب فبالسبب أولى)[1].

ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: (لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً)[2].

القول الثانى: أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها.

وبه قال الزيدية[3] وأحمد واسحاق وعطاء وطاووس والأوزاعي.

وقال الأوزاعى: (كان القضاة لا يجيزون إلا ما ساق إليها)[4].

١٠٦- سبب الخلاف:

وسبب الخلاف أن من أجاز الخلع بأكثر مما أعطاها شبهه بسائر الأعواض في المعاملات.

حيث رأى أن القدر فيه راجع إلى التراضي بينهما.

ومن لم يجز له أن يأخذ أكثر مما أعطاها أخذ بظاهر الحديث وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق[5].

(١) الأم للشافعي ج٥ ص ١٩٧، و فتح البارى ج ٩ ص ٤٠٢.

(٢) عقصت المرأة شعرها – عقصاً: لوته وأدخلت أطرافه فى أصوله (المعجم الوجيز ص ٤٢٨) و العقاص بكسر العين وتخفيف القاف جمع عقصة وهو ما يربط به شعر الرأس بعد جمعه (فتح البارى ج ٩ ص ٣٩٧).

(٣) ولكن الزيدية يجيزون أخذ الزيادة إذا كانت على سبيل التبرع، فإن امتنع عن الطلاق إلا بأخذ الزيادة فلا تحل له جاء في البحر الزخار(فإن تبرعت جاز اجماعا إلا لو امتنع عن الطلاق إلا به) البحر الزخار ج ٤ ص ١٨٣

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٧٥، و فتح البارى ج ٩ ص ٤٠٢.

(٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ٧١.

١٠٧- أدلة الفريق الأول

- استدل أصحاب القول الأول بأدلة من الكتاب و السنة:

أولاً: من القرآن الكريم

يقول تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[١].

فظاهر الآية الكريمة يدل على رفع الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء من غير فرق بين ما إذا كان بقدر الصداق أو زيادة عليه أو أقل منه فقالوا بوجوب العمل بإطلاق النص فإنه عام للقليل والكثير.

ولأنها أعطت مال نفسها بطيب منها ورضاء نفس[٢] وقد قال سبحانه ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾[٣].

ثانياً: من السنة النبوية

- ما روى عن ابى سعيد الخدرى قال: كانت أختي تحت رجل من الأنصار تزوجها على حديقة، وكان بينهما كلام فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها: أتردين حديقته؟ قالت نعم وأزيده، فخلعها فردت عليه حديقته وزادته[٤].

فالحديث يدل على جواز أخذ الزيادة لأن النبى صلى الله عليه وسلم سكت عن ذلك وسكوته صلى الله عليه وسلم تقرير فيدل على الجواز.

---

(١) سورة البقرة - الآية رقم ٢٢٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٠٥.

(٣) سورة النساء - الآية رقم ٤.

(٤) سنن الدارقطنى ج ٣ ص ٢٥٤، و نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٥١.

قال الشوكانى: (يمكن أن يقال: أن سكوته بعد قولها وأزيده تقرير ويؤيد الجواز)[1].

- كما روى عن الربيع بنت معوذ قالت: كان بيني وبين ابن عمى كلام - وكان زوجها - قالت: فقلت له: لك كل شئ وفارقنى، قال: قد فعلت فأخذوا والله كل شئ حتى فراشى فجئت عثمان وهو محصور فقال: الشرط أملك كل شئ حتى عقاص رأسها[2] فدل ذلك على جواز أخذ الزيادة.

١٠٨- أدلة الفريق الثانى

- واستدل القائلون بعدم اباحة أن يأخذ أكثر مما أعطاها بالكتاب والسنة كذلك:

أولاً : من القرآن الكريم

فمنه قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[3]، فالآية الكريمة تنهى عن أخذ شئ مما أعطاها من المهر، والنهى عن أخذ شئ من المهر نهى عن أخذ الزيادة على المهر من باب أولى كالنهى عن التأفف من الوالدين فإنه يكون نهيا عن ضربهما الذى هو فوق التأفف من باب أولى[4].

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥١.

(٢) فتح البارى ج ٩ ص ٣٩٧، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥١.

(٣) سورة البقرة - الآية رقم ٢٢٩.

(٤) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٠٥ و ١٩٠٦.

ثانياً: من السنة النبوية

- ما رواه ابن ماجة في سننه – بسنده – عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر في الاسلام، لا أطيقه بغضاً، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد(١) وفى الحديث دلالة على النهى عن أخذ الزيادة عما أعطاها مع كون النشوز من قبل الزوجة.
- و ما روى عن أبى الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله ابن أبى بن أبى سلول وكان أصدقها حديقة، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته التى أعطاك؟

قالت: نعم وزيادة، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت: نعم، فأخذها له وخلى سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم(٢).

والحديث يدل على عدم إباحة أخذ أكثر مما أعطاها، إذ لو كان أخذ الزيادة جائزاً لما نهاه النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك.

وقد أجاب أصحاب القول الثانى على ما استدل به أصحاب القول الأول

---

(١) سنن ابن ماجة ج ١ ص ٦٣٣، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٦، قال الشوكانى (رواه ابن ماجة من طريق أزهر بن مروان وهو صدوق مستقيم الحديث، وبقية اسناده من رجال الصحيح).

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٦، فتح البارى شرح صحيح البخارى ج ٩ ص ٤٠٢

بما يلى:

١) قولهم أن الآية مطلقة تدل على جواز أخذ الكثير والقليل، فإن الروايات والأحاديث الصحيحة المتضمنة للنهى عن أخذ الزيادة مخصصة لهذا العموم[١].

٢) ما استدلوا به من حديث أبى سعيد الخدرى فقد قال فيه الشوكانى في نيل الأوطار: (وهذا مع كون اسناده ضعيفاً ليس فيه حجة، لأنه ليس فيه أنه أقرها صلى الله عليه وسلم على دفع الزيادة بل أمرها برد الحديقة فقط)[٢].

الترجيح:

١٠٩ - ومن عرض هذه الأدلة والمناقشة يترجح مذهب القائلين بعدم جواز أخذ أكثر مما أعطاها، لأن الروايات المتضمنة للنهى عن أخذ الزيادة مخصصة لهذا العموم ومرجحة للنهى عن الزيادة، لكثرة طرقها وسلامتها من المعارضة، وللمصلحة التي تؤمن تحقيق الخلع بشكل لا يتعسف الزوج في قبوله، ولأن في أخذ أكثر مما أعطاها ظلماً للزوجة، كما أن من شأن إباحة ذلك أن يتم فتح باب المساومة من جانب الزوج لإيقاع الخلع، فيكون التقييد أولى لسد هذا الباب، والله تعالى أعلم.

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥١.

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥١

المبحث الثالث

في ما يجوز أن يكون عوضاً للخلع

١١٠- لا خلاف بين جمهور الفقهاء في أن كل ما صح أن يكون مهراً في النكاح صح أن يكون عوضاً للخلع سواء أكان مالاً معلوماً قيمياً أو مثلياً، أم كان منفعة مقدرة بمال. وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ما يشترط في العوض إذا كان مالا.

المطب الثانى: الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق.

المطلب الأول

شروط العوض إذا كان مالاً

الشرط الأول: وجود العوض

١١١ - إذا وقع الخلع بين الزوجين من غير ذكر عوض فهل يقع الخلع صحيحاً أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين نعرضهما فيما يلى:

المذهب الأول: أنه لو خالعها على غير عوض صح الخلع ولا شئ له ويقع به الطلاق بائناً، وهو رأى المالكية ورواية عن الامام أحمد(١).

فقد روى عن عبد الله بن حنبل أنه سأل أباه الامام أحمد: (قال: قلت لأبى: رجل علقت به امرأته تقول اخلعنى، قال: قد خلعتك.

قال: يتزوج بها ويجدد نكاحا جديدا وتكون عنده على ثنتين)(٢).

فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض، لأن الخلع قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق.

ولأن الأصل في مشروعية الخلع تحقيق رغبة المرأة في الانفصال عن زوجها وحاجتها إلى فراقه فتسأله الطلاق، فإذا أجاب الزوج حصل المقصود من الخلع فصح كما لو كان بعوض(٣).

المذهب الثانى: أنه لا يكون خلع إلا بعوض،

---

(١) جواهر الاكليل ج ١ ص ٣٣٢، حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥١، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٩٤.

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٩٤.

(٣) المرجع السابق ج ٨ ص ١٩٠.

وهو رأى الحنفية والشافعية ورواية أخرى عن الامام أحمد(١).

فعند الحنفية.. أنه لو قال الزوج لامرأته: خالعتك فقبلت المرأة، ولم يذكرا مالاً طلقت - أى يصير طلاقاً لا خلعاً - وبرئ كل واحد منهما من صاحبه وتلك هى احدى الروايتين عن أبى حنيفة والصحيح في مذهبهم(٢).

وجاء في حاشية ابن عابدين: (وإن لم يسميا شيئا برئ كل منهما من الآخر قبضت المهر أم لا، دخل بها أم لا)(٣).

وعند الشافعية: أنه إذا جرى الخلع بغير ذكر عوض فله حالتان:

أولاهما: إذا التمس الزوج قبول زوجته ولم ينف العوض كأن يقول لها خالعتك ونوى بذلك التماس قبولها بانت منه ووجب عليها مهر المثل في الأصح.

ثانيهما: لو نفى الزوج العوض صراحة بأن قال لها خالعتك أو فاديتك بلا عوض فقبلت الزوجة وقع رجعيا ولا تلتزم له بشئ(٤).

وفى الرواية الثانية عن الامام أحمد: أنه إذا قال الرجل لزوجته اخلعى نفسك فقالت: خلعت نفسى لم يكن خلعا إلا على عوض.

إلا أن يكون نوى الطلاق فيكون ما نوى، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض، فإذا تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان رجعيا، لأنه

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٦٠، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٨، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٩٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٦٠.

(٣) المرجع السابق – نفس الموضع.

(٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٦٨.

يصلح أن يكون كناية عن الطلاق، وان لم ينو الطـــلاق لم يكن شيئاً[1].

الترجيح:

١١٢- ولعل الراجح هو مذهب القائلين بأنه لا يكون خلع علـــى غيــر عوض، لأن الذين أجازوا الخلع بدون عوض قد خالفوا حكمة التشريع من الخلع لأن الخلع تراضى بين الزوجين على انهاء الحياة الزوجيـــة مقابــل عوض تدفعه الزوجة لزوجها.

فإذا تجرد الخلع عن عوض كان طلاقا وليس خلعاً، ولا يصح أن نقسم الخلع إلى خلع بعوض وخلع بدون عوض، لأن الخلع اتفاق بـــين الـــزوج والزوجة على أمر ليس هو الطلاق لأن هذا ينفرد به الرجـــل وحـــده دون حاجة للتراضى مع المرأة، والقرآن الكريم يسمى الخلع افتداء، والافتداء لا يكون بدون عوض، وكذا الأحاديث الشريفة على اختلاف روايتهـــا وردت بأمر امرأة ثابت بن قيس أن ترد لزوجها حديقته فقرن الخلع بالعوض، والله تعالى أعلم.

الشرط الثانى: أن يكون العوض معلوماً

١١٣- فيجب ألا يكون الخلع مجهولاً، ومثـــال الخلـــع بـــالمجهول أن يخالعها على ثوب غير معين أو على ما في حقيبة يدها من مال أو خالعها على منزل مجهول أو على سيارة غير معلومة، أو غير ذلك مما لا يكـــون فيه تحديداً للعوض الذى يقبضه الزوج.

١١٤- ويقسم الفقهاء الخلع على عوض مجهول تبعاً لنوع الجهالة فيه،

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٩٥.

لأن الجهالة اما أن تكون في عدده، وإما أن تكون في مسمى لا تعظم الجهالة فيه، واما أن تكون فيما تعظم الجهالة فيه، و نعرض ذلك التقسيم على النحو التالى:

القسم الأول: وهو الجهالة في العدد مثل أن يخالعها على عدد مجهول من شئ غير مختلف فيه كالدنانير والدراهم، فإذا قالت المرأة لزوجها خالعنى على ما في يدى من دنانير فخالعها فله ما في يدها ان وجد أو ثلاثة دنانير ان لم يوجد.

لأنها سمت ما يصلح أن يكون بدلا ووصفته بما يميزه وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة، فإذا وجد في يدها ما يصدق عليه لفظ الدنانير كان له ذلك وان لم يوجد كان له ثلاثة، لأن الثلاثة أقل ما يميز به الجمع(١)

القسم الثانى: أن يخالعها على شئ مسمى لا تعظم الجهالة فيه كأن يخالعها على عبد، أو يقول أن أعطيتنى عبدا فأنت طالق، فإنها تطلق بأى عبد أعطته له ويملكه بذلك ولا يستحق غيره لأنها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما في يدها من دراهم أو دنانير.

ولأنه إذا قال لها إن أعطيتنى عبدا فأنت طالق فأعطته عبدا فيجب أن يقع الطلاق لوجود شرطه وهو جنس العبد ما دامت قد دفعته إليه، ولا يلزمها أكثر من ذلك، لأنها لم تلتزم له بشئ أكثر مما خالعت عليه فلا يلزمها شئ سواه وهذا الرأى للحنفية والشافعية وبعض الحنابلة(٢).

---

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٠١، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٥٩، المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٦، والمغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٨ وص ١٨٩.

ويرى المالكية وبعض الحنابلة: أنه يلزم بدفع الوسط مما سمى له[1].

القسم الثالث: أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه كأن يخالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب، أو يقول إن أعطيتني ذلك فأنت طالق.

ففى هذه الحالة يقع طلاق بائن، ويكون للزوج مهر المثل عند الحنفية والشافعية وله الوسط من جنس ما خالعت به عند المالكية فإن قالت له خالعنى على جمل مثلا فللزوج جمل وسط لا كبير ولا صغير[2].

ومن هذا القسم ما لو خالعها على ما فى بيتها من المتاع:

فذهب الحنفية وبعض الحنابلة: إلى أنه إن كان في البيت متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بالمهر، لأنها غرته بتسمية مال منقول فيلزمها ضمان الغرر، وهو رد المهر المستحق ولأنها فوتت عليه البضع ولم يحصل له العوض لجهالته، فوجب عليها قيمة ما فوتت وهو المهر[3].

وذهب بعض الحنابلة: إلى أنه إن كان في البيت متاع فهو له قليلا كان أو كثيرا معلوما أو مجهولا، وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع ولا يلزمها غير ذلك ولا ترد عليه ما أخذته من صداقها لأنها لم تلتزمه ولم تلتزم مهر المثل فلم يلزمها، ولأن المسمى من المهر قد استوفى بدله بالوطء فلا يجب دفع شئ منه إلا برضاها وهى لم تخالعه عليه،

---

(١) جواهر الاكليل ج ١ ص ٣٣١، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٧٧٢، جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٣٠٨، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٤٨.

(٣) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٠٠، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٩.

وانما خالعته على ما سمته له فليس له غيره[1].

- ويرى الظاهرية:أنه إذا خالع الزوج على عوض مجهول فالخلع باطل، أياً كان نوع الجهالة فى العوض.

وحجتهم في ذلك أن الزوج لا يدرى ما يجب له قبل المرأة وهى بالتالى لا تعلم ما تلتزم بدفعه للزوج ولذلك فهو عقد فاسد.

ولذلك قالوا لا يجوز الخلع إذا أبرأت المرأة زوجها من نفقتها أو نفقة حملها أو أجرة رضاعة ولدها لأن العوض هنا غير معلوم القدر وقد يزيد السعر وقد ينقص[2].

الشرط الثالث: صحة العوض

١١٥- يجب أن يكون العوض ذا قيمة مالية مما يصح التصدق به، مقصودا للاستعمال، بمعنى أنه يشترط فيه أن يكون مالاً يصح تملكه مثليا كان أوقيميا عيناً كان أو ديناً وقد أوجز الفقهاء هذا في قولهم " كل ما صح أن يكون ثمنا في البيع صح أن يكون عوضا في الخلع " بأن يكون طاهرا أو مما يمكن تطهيره بالغسل، منتفعا به مقدورا على تسلمه، معلوما للعاقدين.

أما إذا فقد شرطا مما سبق فلا يصح أن يكون عوضا في الخلع، فلا يصح يخالع الرجل زوجته مقابل عوض فاسد، مثل الدم أو الخنزير أو الحشرات أو الخمر أو الميته.

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٩.

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٣، ص ٢٤٤.

١١٦- وقد فرقوا بين أن يكون العوض الفاسد مقصوداً أو غير مقصود.

فالعوض الفاسد إما أن يكون غير مقصود لا يتطلع إليه الزوج كدم الحيوانات والحشرات مثلاً، فيكون رضائه بالعوض الفاسد – فى هذه الحالة – مقابل مخالعة زوجته وفك عصمتها كأنه قبول منه أن يوقع الطلاق بدون عوض أصلا، فإنه يقع بهذا الخلع طلاق وليس للزوج قبل زوجته شئ[١].

وقد يكون العوض الفاسد مقصودا يتطلع الزوج إلى تملكه بالمخالعة، كالخمر مثلاً.

ويرى الشافعية – فى هذه الحالة – أن تدفع الزوجة لزوجها مهر المثل إذا قصده المتخالعان وسواء علما بفساده أو لا.

وحجتهم في ذلك: أن الزوج أوقع الطلاق وهو متطلع إلى عوض تقدمه إليه المرأة ولولاه ما رضى الزوج بأن يوقع الطلاق،

فكان على الزوجة أن تدفع إليه العوض، وهو عندهم مهر المثل.

قال فى المهذب: فإن خالع على خمر أو خنزير وجب مهر المثل لان المسمى سقط فوجب مهر المثل[٢].

أما الحنابلة فيرون أنه إذا لم يعلم المتخالعان بفساده فيجب مثله في

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٧٧٢، كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٠، وكذا ج٥ ص ٢٢٠، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٠، وفيه رأى آخر للمالكية: أن الفرقة لا تحصل إذا كان العوض فاسدا.

(٢) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٤.

الشئ المثلى وقيمته في الشئ القيمى، لأن الخلع معاوضة فلا يفسد بفساد العوض.

أما إذا علم الزوجان بفساد العوض فكأن الخلع بلا عوض أصلا.

وحجتهم في ذلك أن الخلع على ذلك مع العلم بتحريمه يدل على رضا فاعله بدون شئ أصلا أما إذا فسد بعضه فقط كأن تخالع المرأة زوجها على عوض بعضه صحيح وبعضه فاسد، وجب على الزوجة أن تدفع للزوج ما يقابل الفاسد من مهر المثل.

وكذا إذا خالعها على عوض فظهر العوض معيبا – أى به عيب كان للزوج الخيار، فإما أن يمسك العوض ويطالب الزوجة بجبر العيب، واما أن يرد العوض ويأخذ قيمته إن كان متقوما أو مثله إذا كان مثليا[1].

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٨٨.

المطلب الثاني

الخلع على بعض المنافع والحقوق

١١٧- اتفق جمهور الفقهاء على أن كل ما يصلح مهراً فهو يصلح عوضاً في الخلع لحديث النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس " أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم " وكانت قد قبلتها مهراً..

- ولما كان فريق من الفقهاء يرى جواز أن يكون صداق المرأة منفعة من المنافع، فقد ثار الخلاف عند الحديث عن العوض في الخلع هل تصح المنافع عوضاً للخلع من عدمه؟
- ونتناول فيما يلي أهم المنافع التي يمكن أن تكون عوضاً للخلع مع بيان أراء الفقهاء فيها:

أولاً :- الخلع على نفقة المختلعة ومهرها :

١١٨ – فبعد أن تكلمنا عن العوض وما يشترط فيه وبينا مقداره نتكلم عن حكم لو خالع الرجل زوجته على نفقتها أو مهرها.

يرى جمهور الفقهاء(١) أن الخلع يقع صحيحاً إذا كان العوض فيه سقوط ما على المخالع من نفقة، سواء كانت حالّة أو ماضية، واجبة عليه لزوجته أو مستقبله كنفقة عدتها ما دام أن فترة النفقة معلومة، وكذا إذا كان عوض الخلع هو مهرها، سواء كان الخلع قبل الدخول أو بعده.

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٧، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٧٨١، المغنى لابن قدامة ج ٢ ص ٢٠٣، كشاف القناع ج ٣ ص ١٣١ و ١٣٢، جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ص ٣١٠

كما جاء بكشاف القناع ما نصه " ولو خالعها الزوج بنصف صداقها قبل الدخول صح ذلك وصار الصداق كله له نصفه له بالطلاق قبل الدخول ونصفه له بالخلع أي عوضا له......ولو قالت المرأة له أي لزوجها قبل الدخول وقبل قبض الصداق اخلعني بما يسلم إلي من صداقي أو اخلعني على أن لا تبعة عليك في المهر ففعل أي خلعها على ذلك صح الخلع لأنه بمعنى سؤالها الخلع على نصف الصداق وبرىء الزوج من جميعه نصفه بالخلع ونصفه بجعله عوضا له"(١).

وفى البدائع من حالات سقوط المهر " الخلع عليه قبل الدخول وبعده، فإن لم يكن مقبوضاً سقط عن الزوج وإن كان مقبوضا ردته على الزوج وإن كان خالعها على مال سوى المهر يلزمها ذلك المال ويبرأ الزوج عن كل حق وجب لها عليه بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية في قول أبي حنيفة، لأن الخلع وإن كان طلاقا بعوض عندنا لكن فيه معنى البراءة"(٢).

فإذا تخالعت المرأة على نفقتها أو على مهرها سقط عن الزوج حقها في ذلك وبرئت ذمته وليس للزوجة مطالبته بشئ من ذلك، هذا إذا خالعها الزوج وهو يعلم أن لها مهراً وأن لها نفقة، أما إذا خالعها على شئ من ذلك وهو يعلم ألا مهر لها أو ألا نفقة لها عليه وقع الطلاق بائنا – دون عوض- عند الحنفية أما عند الشافعية فللزوج مهر المثل على زوجته(٣).

---

(١) كشاف القناع ج ٥ ص ١٤٧.

(٢) بدائع الصنائع ج٢ ص ٢٩٥

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٧٨١ – جلال الدين المحلى ج ٣ ص ٣١٠.

ثانياً : الخلع على نفقة الصغير وأجرة حضانته

١١٩ – و يرى جمهور الفقهاء[١] جواز المخالعة إذا كان العوض في الخلع هو نفقة الصغير أو إرضاعه أو أجرة حضانته.

ولم يخالف في هذا إلا الظاهرية[٢] فقد قالوا بعدم جواز ذلك.

وحجة الظاهرية: أنه غير معلوم القدر وقد يزيد الأجر وقد ينقص فيؤدى ذلك إلى المنازعة، ثم أنه حال الخلع لم يجب للزوجة شئ من ذلك فمخالعتها بما لا تملكه باطل وظلم.

وحجة الجمهور: أنه ليس في ذلك مساس بحق الصغير وأن الجهالة هنا يسيرة محتملة غير متفاحشة فلو خالع الرجل زوجته على أن ترضع ولدها منه مدة الرضاعة بلا أجر فقبلت لزمها أن ترضعه إلى أن تنتهى مدة الرضاعة وهى عامان أو حتى تنتهى المدة المتفق عليها بينهما فإذا لم تقم الزوجة بذلك كان للزوج أن يرجع عليها عند جمهور الفقهاء بأجرة إرضاع الطفل أو ما بقى من المدة المحددة، وكذلك الحال إذا مات الطفل أو هربت الزوجة قبل أن تنتهى فترة الرضاع، ويرجع الزوج إلى تركتها إذا ماتت حتى لو استغرق كل التركة لأن الدين يقدم على جميع الورثة[٣].

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٣١، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٧٨١، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٧، كتاب الأم ج ٥ ص ١٨٤، جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٣١٠.

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٤.

(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٢، شرح المنتهى للبهوتى ج ٣ ص ١٩٢، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٧٨١، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٥٧، والأم للامام للشافعى ج ٥ ص ١٨٤.

- ويرى المالكية أنه إذا أخذ مقدار ما بقى من مدة الرضاع من تركة الزوجة فإن هذا الحق يوقف لاحتمال موت الطفل قبل تمام فترة الرضاع فكلما مر شهر أو أسبوع أخذ أجرته حتى تنتهي المدة فإذا مات الطفل قبل نهاية مدة الرضاع رد الباقى إلى ورثة الزوجة(١).

- كما يرى الشافعية: في أظهر القولين عندهم أن الطفل إذا امتنع عن الرضاع أو مات قبل تمام فترة الإرضاع يرجع الزوج على الزوجة بقسط المدة الباقية من مهر المثل، وإذا خالعها على أن تقوم بحضانة ولدها مجاناً مدة الحضانة لزمها ذلك وليس لها الحق في مطالبته بأجرة هذه الحضانة وتلزم بالإنفاق على الطفل من مالها طيلة هذه المدة فإن تقاعست أو هربت رجع عليها بمثل ما بقى كما مر فى النفقة، وإذا اختلعت الزوجة من زوجها على أن ترضع حملها الذى في بطنها بعد ولادته إلى انتهاء مدة إرضاعه صح ذلك ويلزمها إرضاع المولود بعد ولادته فإذا لم تحدد فترة الرضاع كان عليها أن ترضعه حولين كاملين، أما إذا تبين أنها ليست حاملاً لزمها دفع أجرة المثل في الإرضاع عن مدة الرضاعة للزوج(٢).

١٢٠- ويلاحظ فى كل ما سبق أن القول بجواز الخلع على نفقة الصغير أو أجرة حضانته، لا يعنى اسقاطها عن الأب، وإنما يعنى تحمّل المرأة لها، بمعنى أنها إذا لم تقم بالنفقة عن الصغير لزم ذلك الأب، وعاد عليها بما التزمت به، وهو ما يأتى بيانه - بإذن الله - عند الحديث عن آثار الخلع.

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٥٨.

(٢) المهذب للشيرازى ج٢ ص ٧٣.

المبحث الرابع
في النزاع في العوض

١٢١- إذا اتفق الزوجان على الخلع، فإنهما قد يتنازعان بعد ذلك في العوض المستحق للزوج، وينشأ هذا الخلاف عادة في أحد فرضين على النحو التالى:

الفرض الأول: تسمية العوض ثم المنازعة في جنسه أو قدره أو صفته.

١٢٢-كأن تدعى الزوجة أن زوجها خالعها على دراهم ويقول الزوج أنه خالعها على دنانير مثلاً، أو تقول خالعنى زوجى على خمسين ديناراً فيقول بل خالعتها على مائة، أو تقول خالعنى زوجى على مائة مؤجلة فيقول هو خالعتها على مائة حالة.

- فإذا لم يكن لأحدهما بينة، فيتحالفان شأنهما في ذلك شأن المتبايعين، فيبدأ الزوج في الحلف فيحلف أن ما خالعها عليه إنما هو دنانير لا دراهم، أو ما يدعيه من قدر العوض وصفته ثم تحلف الزوجة على ما تدعيه، فإن حلف الاثنان يفرق بينهما على مهر المثل حيث لا بينة لأحدهما على الآخر.
- أما إذا أقام أحدهما البينة قضى له بها، وإذا أقام كل منهما بينة سقطت البينتان و تحالفا كما سبقت الإشارة إليه(١).

الفرض الثاني: الاتفاق على أن يكون العوض هو رد المهر ثم المنازعة في مقدار هذا المهر.

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٠.

١٢٣- وهذا الفرض ربما يكون أكثر شيوعاً في العصر الحديث وقد ورد النزاع بشأنه كثيراً أمام القضاء عند تطبيق مادة الخلع الواردة بالقانون المصرى رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية.

حيث نصت المادة (٢٠) منه في فقرتها الأولى " ...... وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه "

كما يمكننا أن نتصور عدة حالات للمنازعة - تتدرج تحت هذا الفرض- وذلك كما يلى:

أولاً : صورية الصداق المثبت بوثيقة الزواج

١٢٤- حيث يلجأ بعض الناس عند الزواج إلى الاتفاق على مهر فيما بينهم ثم يعلنون أمام الناس أو يثبتون فى عقد الزواج خلاف ما سموه فيما بينهم بأن يكون أقل أو أكثر مما اتفقوا عليه، ويحدث ذلك لعدة أسباب كتخفيض رسوم توثيق الزواج أو بقصد التفاخر أمام الناس وخلافه، ففي مثل هذه الحالات يحدث - عند الخلع - منازعة بين الزوجين في مقدار هذا المهر.

- وهنا يرى الامام أبو حنيفة أن المهر هو الذى ذكر في العلن، وأثبت في العقد أمام الناس، ولا عبرة بما اتفق عليه الطرفان في السر ولم يثبت في العقد، بينما يرى صاحبه أبو يوسف، أن العبرة بما ذكر في السر بين

الطرفين باعتبار أنه المهر الذي ارتضياه فيما بينهما[١].

وقد جرى العمل فى دعاوى الخلـــع – أنه عند منازعة الزوج فى مقدار الصداق المثبت بوثيقة الزواج – أن يقوم القاضى باحالة الدعوى للتحقيـــق ليقوم كل من الزوج والزوجة بإثبات ما يدعيه كل منهما من حقيقة الصداق المدون بقسيمة الزواج أو صوريته بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك شـــهادة الشهود.

وقد نص القانون المصري على هذا الأمر في المـــادة رقـــم ١٩ مـــن القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فقرر أنه " إذا اختلف الزوجان في مقدار المهـــر، فالبينة على الزوجة، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلاً إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل، وكذلك الحكـــم عنـــد الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما ".

ثانياً : الاختلاف فى تسمية المهر وتحديده.

١٢٥–وقد تحدث المنازعة فى هذه الحالة إذا لم يكن الزواج موثقاً، وقد أباح القانون المستحدث أن ترفع الزوجة دعوى التطليق – ومنه الخلع – إذا لم يكن الزواج موثقا، بل لو كان ثابتاً بأية كتابة وفقاً لما نصت عليه المادة ١٧ من القانون رقم١ لسنة ٢٠٠٠ على انه "..... ولا تقبل عنـــد الانكـــار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – فى الوقائع اللاحقة على أول أغـــسطس ١٩٣١– ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، ومع ذلـــك تقبـــل دعـــوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحـــوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بـــأى كتابة ".

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٢٥.

وعبارة " إذا كان الزواج ثابتاً بأى كتابة " تشمل عقد الزواج المكتوب غير الموثق، وهو ما يطلق عليه " الزواج العرفى "، كما نرى أنها تشمل الزواج الذى انعقد – مستوفياً أركانه الشرعية – دون كتابة، ثم وجدت كتابة لاحقة تثبته وتدل عليه.

ومن الوارد فى مثل هذه الحالات أن يحدث خلاف فى أصل تسمية المهر، بأن يدعى أحدهما تسمية المهر مع تعيين مقداره وينكر الآخر.

والحكم فى ذلك: أن على مدعى التسمية إثباتها بالبينة، فإن أقامها حكم بالمهر الذى ادعاه، وإن عجز عن إقامة البينة وطلب اليمين من المنكر وجهت اليمين إليه، فإن امتنع عن اليمين حكم عليه بما ادعاه الآخر، لأن ذلك بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعى وإن حلف بطلت التسمية وقضى بمهر المثل لأنه الواجب فى كل زواج خال من التسمية الصحيحة[١].

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة[٢] فى المادة ٨٦ ونصها " إذا حصل اختلاف فى المهر المسمى ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف الزوجة فينبغى أن لا يتجاوز المقدار الذى تدعيه مهر المثل، وإن كان من طرف الزوج فينبغى أن لا يكون أقل من المقدار الذى يدعيه " [٣].

---

(١) أحكام الأسرة فى الاسلام – لفضيلة الدكتور / محمد مصطفى شلبى ص ٤٢٢ وما بعدها.

(٢) هو التقنين الصادر عن الدولة العثمانية عام ١٩١٧ م لتنظيم أحكام الأسرة.

(٣) أحكام الأسرة فى الاسلام – لفضيلة الدكتور / محمد مصطفى شلبى ص ٤٢٢ وما بعدها.

ولكن يلاحظ أن ما اشترطته المادة المذكورة معكوس هنا – فى الخلع – لأن الزوجة هى التى ترد الصداق فيشترط فى مهر المثل الذى يقضى بـه هنا ألا يزيد عما سماه الزوج إن كان هو المدعى، لأنه رضى هنـا القـدر المسمى بادعائه فلا يزيد عليه.

وألا ينقص على ما ادعته المرأة إن كانت هى المدعية، لأنها رضـيت بما سمته فى دعواها.

ثالثاً : إذا اتفق الزوجان على أصل التسمية والمقدار المسمى واختلفا فى قبض المعجل.

١٢٦-بأن ادعى الزوج أنه أوفاها المعجل كله وانكرت الزوجـة أنهـا قبضته كله أو أنها قبضت بعضه ولم تقبض باقيه.

ولا شك أن هذه الصورة من صور التنازع محتملة الحدوث فى ظل ما ورد بالنص المستحدث "..... وردّت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمـت المحكمة بتطليقها عليه "

والحكم فى هذه الحالة يختلف باختلاف الوقت الذى حصل فيه، فإن كان قبل أن تزف إليه كانت الزوجة متمسكة بالأصل والزوج يدعى خلافه، لأن المهر ثبت فى ذمة الزوج ديناً بمجرد العقد والأصل بقاؤه حتى يقوم الدليل على خلافه فإن أقام الزوج بينة على دعواه حكم بمقتضاها، وإن عجز كان القول للزوجة مع يمينها فإن نكلت عن اليمين حكم للزوج لأن نكولها دليـل على صدق دعواه.

أما إن كان الخلاف وقع بعد أن زفت إليه فالحكم يختلف تبعـاً لوجـود

عرف مطرد بلزوم تعجيل جزء من المهر قبل الوفاف أو عدم وجوده.

فإن لم يوجد عرف فالحكم لا يختلف عما إذا كان قبل الزفاف من أن على الزوج البينة، والقول قول الزوجة مع يمينها، فإن أقام بينة حكم بها وإن لم تكن له بينة حكم لها إذا حلفت اليمين.

وإن كان هناك عرف مطرد بالتعجيل وادعى الزوج أنه أوفاها معجل الصداق وهي تنكر قبض شئ منه كان القول قول الزوج، لأن العرف يشهد له ويقوم مقام البينة على صدق دعواه ولا يلتفت إلى دعواها عدم القبض لأن الظاهر يكذبها.

وإن كان الخلاف بينهما في قبض بعض المعجل بأن اعترفت الزوجة بأنها قبضت بعضه دون باقيه والزوج ينكر ذلك مدعياً أنه أوفاها كل المعجل كان القول قولها مع اليمين حتى ولو كان عرف الناس بقبض كل معجل الصداق، لان بعض الناس يتساهلون عادة بعد قبض جزء من معجل الصداق في طلب الباقي فيتم الزفاف قبل قبضه، ولأن اعترافها بقبض البعض مع إمكانها إنكار قبضه أمارة واضحة على صدقها، فيؤخذ بقولها مع اليمين، إلا إذا أقام الزوج البينة على صدق دعواه فيحكم له[1].

رابعاً: الاختلاف في وصف المقبوض هل هو هدية أم من المهر.

١٢٧ - إذا كان الزوج قد بعث إلى زوجته شيئاً من النقود أو الحلي - كالشبكة مثلاً - قبل الزفاف أو بعده، ولم يذكر عند إرساله أنه هدية أو من المهر ثم اختلفا عند الخلع، فقالت: هو هدية حتى لا يرجع عليها بشئ منه

(١) أحكام الأسرة في الاسلام - لفضيلة الدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٤٢٥ وما بعدها.

لأن الزوجية مانعة من الرجوع فيها، وقال: هو من المهر حتى يحتسب له ... فكل منهما مدعى ومنكر لما ادعاه الآخر، فأيهما أقام البينة على دعواه قضى بما يدعيه من الطرف الآخر.

وإذا عجزا عن إقامة البينة حكّم العرف فى الشئ المدفوع ويكون الحكم لمن يشهد له العرف فيكون القول قول الزوج مع يمينه فيما لم يجر العرف باهدائه، فإذا حلف أحدهما اليمين حكم له بدعواه وإن امتنع عن اليمين حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم.

- فإن لم يوجد عرف أصلاً - أو اشتبه العرف وتعذر تحكيمه لاحتماله الأمرين فالقول للزوج مع يمينه لأنه المعطى وهو أدرى ببيان الوجه الذى كان عليه الاعطاء ما لم يكن الذى أعطاه يستنكر فى العادة أن يكون من المهر كالمأكولات مثلاً(١).

(١) المرجع السابق - ص ٤٢٨ وص ٤٢٩.

الفصل الثالث

في طرفي الخلع

تمهيد وتقسيم

١٢٨ - طرفا الخلع هما الزوج والزوجـــة المتخالعـــان، ولا شـــك أن الحديث عنهما يقتضي بحث الكثير من المسائل.

وسوف نتناول - بعون الله - فى هذا الفصل الحديث عن الزوج المخالع وما يشترط فيه، وكذا الزوجة المخالعة وما يشترط فيها والحديث عما قـد يعتري إرادتهما من عيوب تؤثر فى صحة الخلع.

وعلى هذا ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: فى المخالع وما يشترط فيه

المبحث الثانى: فى المخالعة وما يشترط فيه

المبحث الأول
في
المخالع وما يشترط فيه

١٢٩ - المخالع هو الزوج، فهو الذى يملك حق الفرقة فى الأصل، ولا يجوز ذلك لغير الزوج، وقد ورد فى السنة النبوية أنه حين أراد أحد الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفرق بين عبده وأمته بعد أن زوجهما، ذهب العبد الى الرسول صلى الله عليه وسلم يشكو سيده، فصعد النبى صلى الله عليه وسلم المنبر فقال " يا أيها الناس، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"(١).

١٣٠ - وإذا كان الأصل أن الخلع يكون بإرادة الزوج ورضائه، إلا أنه يجوز على سبيل الاستثناء لغير الزوج أن يخالع، وذلك بتفويض من الزوج أو توكيل منه وكذا يجوز للقاضى أن يخلع الزوج إذا رفض الزوج الخلع وتبين للقاضى أنه يخشى على الزوجين ألا يقيما حدود الله، وذلك لما للقاضى من ولاية عامة فى رفع المظالم.

وسيأتى الحديث عن ذلك تفصيلاً - بإذن الله- عند الحديث عن النيابة فى الخلع.

١٣١ - وقد قرر الفقهاء أن كل من يصح طلاقه يصح خلعه(٢)، لأن من

(١) رواه بن ماجه ج ١ ص ٦٧٢، والدارا قطنى ج ٤ ص ٣٧، والبيهقى ج ٧ ص ٣٧٠، والشوكانى فى نيل الأوطار ج٦ ص٢٣٨

(٢) حاشية بن عابدين ج٣ ص٤٤١، المغنى لابن قدامة ج٨ ص٢٢٠

جاز طلاقه بدون عوض جاز طلاقه بعوض من باب أولى، ولذلك فقد اشترط الفقهاء في الزوج المخالع أن يكون مكلفاً أي بالغاً عاقلاً، وأن يكون مختاراً أي غير مكره على المخالعة، قاصداً إليها عن وعى ورغبة، دون إكراه

وفيما يلي نبين حكم مخالعة من فقد شرطاً من هذه الشروط.

المطلب الأول
في خلع الصغير والمجنون

١٣٢ – إذا كان الفقهاء قد اشترطوا فى الزوج المخالع أن يكون مكلفاً أي بالغاً عاقلاً، فيجب أن نبين حكم من فقد أحد هذين الشرطين ونوضح ذلك فيما يلى:

أولاً: خلع الصغير غير المميز والمجنون.

١٣٣– لما كان من الشروط التى يجب توافرها فى الزوج المخالع أن يكون بالغاً عاقلاً كان الخلع من الصغير والمجنون غير واقع، لعدم البلوغ بالنسبة للصغير، وانعدام العقل بالنسبة للمجنون[1].

وقد أسقط الشارع الحكيم عن الصغير والمجنون التكاليف الشرعية لانعدام القصد الصحيح منهما، وهو ما نص عليه الفقهاء بقولهم "من لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه"[2].

وجمع كثير منهم فى بيان الحكم بين خلع الصغير والمجنون وبين طلاقهما فقالوا "وخلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعاً خصوصاً فيما يضره"[3].

(١) الأم للإمام الشافعى ج٥ ص٣٦٥

(٢) المغنى لابن قدامة ج٨ ص٢٢٠

(٣) المبسوط للسرخسى ج٦ص١٧٨ وقال: وكذلك فعل أبيه عليه فى الطلاق باطل لأن الولاية انما تثبت على الصبى لمعنى النظر له ولتتحقق الحاجة اليه وذلك لا يتحقق فى الطلاق

ومن هذا يتبين أنه لا خلاف بين الفقهاء فى اعتبار البلوغ والعقل كشرطين من الشروط الواجب توافرها فى الزوج عند الخلع،

١٣٤-ولكن ثار الخلاف فى صحة وقوع الخلع من ولي الصغير أو المجنون، والفقهاء فى ذلك على رأيين:

الرأى الأول:

ويرى أنه لا يجوز للأب أن يخالع عن ابنه الصغير أو المجنون وإن كان له أن يزوجه فكل من لا يجوز له أن يطلق لا يجوز له أن يخالع، وولى الصغير والمجنون لا يجوز له أن يطلق لحديث النبى صلى الله عليه وسلم " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق "وهذا رأى الحنفية والشافعية وقول للإمام أحمد(١).

كما ذهب إليه الأباضية فجاء فى شرح النيل "ولا يلزم طفلاً ولا مجنوناً فداء ولا منهما قبول ولا طلاق ولو بولى"(٢).

الرأى الثاني:

أنه يجوز للأب أن يخالع عن ابنه الصغير أو المجنون فإن كان له أن يزوجه فله أن يطلق ويخالع عليه، ولما ورد عن عبد الله بن عمر أنه طلق على ابن له معتوه وقال " إن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه " وهو

---

(١) حاشية بن عابدين ج٣ ص ٩٨، و المغنى لابن قدامه ج٨ص٢٢١، والمهذب للشيرازى ج٢ ص ٧١، والمرجع عن الشافعية فيما يتعلق بخلع الصغير دون المجنون.

(٢) شرح النيل ج٣ص٤٩٦

قول آخر للإمام أحمد[1].

ثانياً : خلع الصبى المميز والمحجور عليه :

١٣٥ - قد اختلف الفقهاء فى وقوع الخلع من الصبى المميز ومن المحجور عليه، وذلك على النحو الآتى:

فيرى جمهور الفقهاء أن خلع الصبى غير صحيح سواء أكان مميزاً أم لا[2].

غير أنه قد روى فى مذهب الامام أحمد بن حنبل جواز خلع الصبى المميز الذى يعقل معنى الخلع وأن زوجته تبين منه إذا خالعها، ولعل هذا يرجع إلى الرواية الواردة فى المذهب عن صحة طلاق الصبى المميز.

- وقد جاء فى المغنى "وفى خلع الصبى المميز وجهان بناء على صحة طلاقه ".

كما جاء فيه " وأما الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع"[3].

- وجاء فى كشاف القناع ما نصه " ويصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه بالغاً أو مميزاً يعقله " أما عن المحجور عليه فهو تابع للصبى المميز فى الحكم، ويدفع المال لوليه[4].

---

(١) المغنى لابن قدامه ج٨ص٢٢١

(٢) المغنى لابن قدامه ج٨ص٢٢٠ وحاشية بن عابدين ج٣ ص٤٤١

(٣) المغنى لابن قدامة ج٨ ص٢٢٠

(٤) كشاف القناع ج٥ ص٢١٣

- وجاء عند الشافعية " أما المحجور عليه بسفه فخلعه صحيح بإذن ودونه، بمهر المثل أو أقل إذ له أن يطلق مجاناً فبعوض أولى"(١).

١٣٦- وقد استدل من قال بصحة خلع الصبى المميز بما يلي:

أولاً: ما رواه بن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله: ان سيدى زوجنى أمته وهو يريد أن يفرق بينى وبينها، فصعد النبى صلى الله عليه وسلم المنبر فقال " يا أيها الناس، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"(٢)، فالحديث يدل بعمومه أن الفرقة لمن يملك الاستمتاع فيصح الخلع من المميز لهذا.

ثانياً: ما روى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله"(٣)، فشمل الجواز فى هذا الحديث الصبى المميز لما عنده من الادراك.

ثالثاً: ومن المعقول، أن طلاق الصبى طلاق من عاقل فيقع كطلاق البالغ، وإن صح طلاقه صح خلعه(٤).

١٣٧- وقد استدل الجمهور على عدم صحة خلع الصبي المميز بما يلي:

---

(١) مغنى المحتاج ج٣ص٢٧٦

(٢) رواه بن ماجه ج ١ ص ٦٧٢، والدارا قطنى ج ٤ ص ٣٧، والبيهقى ج ٧ ص ٣٧٠، والشوكانى فى نيل الأوطار ج٦ ص٢٣٨.

(٣) سنن الترمذى ج ٣ ص ٤٩٦، وجامع الأصول ج٧ص٦٠٦،

(٤) المغنى لابن قدامة ج٨ ص٢٢٠

أولاً: ما روته السيدة عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قـــال:" رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبى حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق"(١).

فدل الحديث بعمومه أن الصبى لا يتعلق به تكليف، مميزاً كان أو غير مميز.

ثانياً: ومن المعقول، أن الخلع تصرف يحتاج الى إدراك كامل وعقـــل وافر وهذا لا يتوافر للصبى قبل بلوغه وان اتصف بالعقـل لكونـــه لـــيس بمعتدل قبل البلوغ، ولأن الخلع قد يكون تصرفاً من التصرفـــــات الضارة فلا يملكـــه الصبى المميز(٢).

١٣٨- كما ناقش الجمهور أدلة من قال بصحة الخلع من الصبى المميز بضعف الأحاديث التى استندوا اليها، فحديث ابن عباس قال عنه الـــشوكانى فى نيل الأوطار (حديث ابن عباس أخرجه الطبرانى وابن ماجه، وفى اسناد ابن ماجه ابن لهيعة وكلام الأئمة فيه معروف، وفى اسناد الطبرانى يحيـــى الحمانى وهو ضعيف)(٣).

وحديث أبى هريرة قال فيه ابن حجر (والحديث من رواية عطاء بـــن عجلان وهو ضعيف جداً)(٤).

---

(١) سنن الدارمى ج٢ ص ٢٢٥، وسنن بن ماجةج١ص٦٥٨، وصحيح بن حبـــان ج١ ص ٣٣٥، وبالبخارى موقوفاً على الإمام على ج ■ ص ٢٠١٩،

(٢) بداية المجتهد ج٢ص٨٥

(٣) نيل الأطار ج٦ص٢٣٩

(٤) فتح البارى ج٩ ص ٣٩٣

المطلب الثانى

خلع المكره

١٣٩- لما كان الخلع فى معنى الطلاق، وقد نص كثير من الفقهاء على أن من صح طلاقه صح خلعه.

لهذا نقول فى خلع المكره أنه يأخذ حكم طلاق المكره من حيث الجواز أو عدم الجواز.

١٤٠ - وقد ذهب الأئمة الثلاثة: مالك، والشافعى، وأحمد بن حنبل وبعض الفقهاء الى أن طلاق المكره لا يقع[١]، لقول النبى صلى الله عليه وسلم " إن الله رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[٢] ولقوله صلى الله عليه وسلم " لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق"[٣] ومن الإغلاق: الإكراه لأن المكره مغلق عليه فى أمره، كما يغلق الباب على الانسان.

وسواء كان الإكراه على الخلع من الزوجة أو من غيرها فلا يصح الخلع، ويشترط فى الإكراه الذى لا يقع به الخلع أن يكون بغير حق، فإن كان بحق فإن الخلع يقع، ومثله إكراه القاضى إن كان له مقتض، كما سيرد بيانه فى خلع القاضى بإذن الله.

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ص ٨٥، المهذب للشيرازى ج٢ ص ٧٨، والمغنى لابن قدامة ج٨ص٢٥٩.

(٢) سنن بن ماجه ج١ص٦٥٩، ومستدرك الحاكم ج٢ ص ٢١٦.

(٣) سنن بن ماجه ج١ص٦٦٠، وسنن البيهقى ج ٧ ص ٣٥٧، وسنن الدارقطنى ج ٤ ص ٣٦.

- وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن طلاق المكره يقع[١]، ولهذا فإن خلع المكره عندهم يقع وحجتهم ما ورد فى الحديث: من أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة فوضعتها على حلقه وقالت: لتطلقني ثلاثا أو لأنفذنها فناشدها الله أن لا تفعل فأبت، فطلقها ثلاثاً ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك، فقال النبى صلى الله عليه وسلم " لا قيلولة فى الطلاق"[٢].

١٤١- ولعل الراجح هو ما ذهب اليه الجمهور من عدم وقوع طلاق المكره وكذا خلعه لقوة أدلتهم وسلامتها أما رأى الحنفية فمناقش من حيث ضعف حديث صفوان الذى قال عنه بن حزم:هذا خبر فى غاية السقوط[٣] لعدم ثقة رواته.

١٤٢- وقد كان العمل فى المحاكم المصرية يسير على مذهب الامام أبى حنيفة فى وقوع طلاق المكره إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فعدل عن ذلك

وأخذ برأى الجمهور الذى يوافق رأى كثير من الصحابة، فنصت المادة الأولى من القانون المذكور على أنه "لا يقع طلاق المكره والسكران ".

(١) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٠٠، والدر المختار على هامش حاشية بن عابدين ج٥ص١١٧

(٢) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٠٠، والقيلولة من الإقالة، يقال: أقال الله عثرته أى صفح عنه وتجاوز، وأقال فلاناً من عمله أى أعفاه منه ونحاه عنه (المعجم الوجيز ص ٥٢٣) فيكون المعنى هنا التجاوز والرجوع عن هذا الطلاق.

(٣) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص٢٠٣

المطلب الثالث

خلع الهازل

١٤٣- الهازل: هو من يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته، بل على وجه اللعب والمزاح[١].

والهازل فى خلعه هو من وقعت منه الصيغة التى يترتب عليها الخلع بقصد المزاح واللعب، دون قصده للفرقة، كأن تقول له زوجته أرد عليك ما أصدقتنى وأخلعك فيقول: خالعتك قاصدا مزاحها.

١٤٤- والرأي أن خلع الهازل يقع لقول النبى صلى الله عليه وسلم "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة"[٢]، والخلع نوع من الطلاق فيقع من الهازل، ولأن الهازل فى الخلع أتى بالقول غير ملتزم لحكمه - أي الأثر المترتب عليه - وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد، فإذا أتى بالسبب لزم حكمه، شاء أم أبى لأن ذلك لا يقف على اختياره، وذلك أن الهازل قاصد للقول مريد له، مع علمه بمعناه وموجبه، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما"[٣].

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١٢٣

(٢) رواه ابن ماجه ج ١ ص ٦٥٨، والحاكم فى المستدرك ج٢ ص ٢١٦، والترمذى ج ٣ ص ٤٩٠

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم ج٣ص ١٢٤

وفى القول بوقوع طلاق الهازل وخلعه تأكيد على مكانة الأسـرة فـى الاسلام، وما أحاطها الشارع الحكيم به من حفظ وصيانه، حيث لم يسمح أن تكون الأسرة المسلمة عرضة لهزل الهازلين أو مزاح المازحين.

المطلب الرابع

خلع االغضبان

١٤٥- المقصود بالغضبان هنا: الشخص الذى اشتد به الغضب حتى أفقده صوابه، فصار لا يعي شيئا مما يصدر عنه، فإذا ما استثارت المرأة زوجها واستشاطت غضبه وطلبت منه الخلع وهو في هذه الحالة فأجابها فهل يقع خلعه أم لا يقع؟

١٤٦ - قد قرر الفقهاء أن طلاق الغضبان لا يقع فكذا لا يقع خلعه، وذلك لأن الغضبان يكون كالمكره في انتفاء القصد، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"(١).

- ومن معانى الإغلاق: الغضب، كما فسره بذلك الإمام الشافعي، وأحمد بن حنبل و أبو داود وبعض أئمة المالكية، وهو ما ذكره الإمام ابن القيم، ثم يعلق فيقول "وهو من أحسن التفاسير، لأن الغضبان غلق عليه باب القصد بشدة غضبه، فهو كالمكره، بل الغضبان أولى بالإغلاق من المكره، لأن المكره قد قصد رفع الشر الكثير بالشر القليل الذى هو دونه، فهو قاصد حقيقته، ومن هنا أوقع عليه الطلاق من أوقعه، وأما الغضبان فإن انغلاق باب القصد والعلم عنه كانغلاقه عن السكران والمجنون، فإن الغضب غول العقل، يغتاله كما يغتاله الخمر بل أشد، وهو شعبة من الجنون، ولا يشك فقيه النفس فى أن هذا لا يقع "(٢).

---

(١) سنن بن ماجه ج١ص٦٦٠، وسنن البيهقى ج ٧ ص ٣٥٧، وسنن الدارقطنى ج ٤ ص ٣٦.

(٣) اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص٥٢، ٥٣

وهو ما نص عليه الشيعة الإمامية فقالوا " لا يقع–أى الخلع–مع الصغر والجنون ولا مع الإكراه ولا مع السكر ولا مع الغضب الرافــع للقصد "(١).

١٤٧ – ومن العلماء من يلحق بالغضبان من اعترته حالة انفعال بحيث لا يدرى ما يقول ويفعل ويسمى المدهوش، والفارق بينه وبين الغضبان: أن الغضبان هو الذى بلغ به الغضب درجة تختل فيها أقواله وأفعاله وتضطرب أما المدهوش فهو الذى فقد تمييزه وقد يكون ذلك من غضب أو غيره(٢).

١٤٨ – أما إن لم يصل الغضب بصاحبه إلى حد الإغلاق، بــأن كــان واعياً لما يصدر عنه من أفعال، مدركاً لما يتلفظ به من أقوال، فإن خلعــه يقع، ولو قلنا بعدم وقوع الخلع أو الطلاق في هذه الحالة لما وقعت الفرقــة من أحد إذ لا ينهى أحد رباط الزوجية إلا وهو غاضب من زوجته، كما أنها لا تطلب الخلع إلا حال غضبها، وهو ما جاءت الإشارة اليه عند الحــديث عن طلاق الغضبان فى نيل الأوطار للشوكانى(٣).

١٤٩– ومن العلماء من قسم الغضب إلى ثلاثة أقسام، كما قال الإمام بــن القيم رحمه الله " والغضب على ثلاثة أقسام أحدها ما يزيل العقل فــلا يــشعر صاحبه بما قال وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع، الثاني ما يكون في مباديه بحيــث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وقصده فهذا يقع طلاقه، الثالث أن يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على مــا فرط منه إذا زال فهذا محل نظر وعدم الوقوع في هذه الحالة قوي متجه"(٤).

---

(١) شرائع الاسلام ج ٢ص ٧١

(٢) أحكام الأسرة فى الإسلام لفضيلة الدكتور / محمد مصطفى شلبى ص ٥٠٢

(٣) نيل الأوطار ج٦ ص٢٧٩

(٤) زاد الميعاد لابن القيم ج ٥ ص ٢١٤

المطلب الخامس

خلع السكران

١٥٠- السكران: إما أن يكون متعدياً بسكره، أو أن يكون غير متعد.

فإن كان غير متعد بسكره بأن كان سبب سكره أمراً مباحاً، كتناول البنج للتداوى، أو تناول مادة مخدرة دون أن يعلم أنها كـذلك، أو كمـن شـرب الخمر مكرهاً أو مضطراً، فقد اتفق الفقهاء علـى أن طلاقـه لا يقـع إذا صدرت منه صيغة الطلاق وهو فى هذه الحالة[١].

يقول ابن قدامة " أجمع أهل العلم على أن زائل العقل بغير سكر أو مـا فى معناه لا يقع طلاقه"[٢].

ولما كان الخلع فى معنى الطلاق كان من خالع زوجته حال سكره ولم يكن متعدياً بهذا السكر فلا يقع خلعه.

١٥١ - أما إن كان متعدياً بسكره بأن كان سكره بطريق محرم كتناول الخمر والمواد المسكرة أو المخدرة اختياراً منه فقد اختلف الفقهاء فى وقوع الخلع منه وهو فى هذه الحاله وذلك على رأيين:

الرأى الأول

١٥٢- ومنهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمـد، ويرون أن خلع السكران فى هذه الحالة يقع.

---

(١) أصول البزدوى وكشف الأسرار عليه ج٤ ص ١٤٧١-١٤٧٢

(٢) المغنى لابن قدامه ج٣ ص٢٧٩

كما جاء فى المبسوط "وخلع السكران وطلاقه وعتاقه يقع"[١].

وفى الأم " قال ويجوز طلاق السكران من الشراب المسكر وعتقه ويلزمه ما صنع ولا يجوز طلاق المغلوب على عقله السكر"[٢].

وفى المدونة الكبرى " قلت: أيجوز طلاق السكران؟ قال: نعم قال مالك طلاق السكران جائز، قلت لابن القاسم: ومخالعة السكران جائزة؟ قال: نعم ومخالعته"[٣].

١٥٣- وقد استدل أصحاب هذا الرأى بالأدلة الآتية:

١) قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ ﴾[٤].

فقد ثبت في الآية الكريمة النهى عن الصلاة في حال السكر، وهذا يقتضي عدم زوال التكليف عنهم وهم فى هذه الحالة، وكل مكلف يصح منه الطلاق والخلع كما تصح منه باقي التكاليف الشرعية[٥].

٢) حديث النبى صلى الله عليه وسلم " كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله"[٦] والسكران ليس واحداً ممن عدهم الحديث

(١) المبسوط للسرخسى ج٦ ص١٧٦

(٢) الأم للشافعى ج ٥ ص ٧ ٢٥

(٣) المدونة الكبرى ج٦ ص ٢٤

(٤) سورة النساء- الآية ٤٣

(٥) نيل الأوطار ج٦ ص٢٣٧

(٦) جامع الأصول ج٧ص٦٠٦، وبفتح البارى ج٩ص ٣٩٣ بلفظ " كل الطلاق جائز =

الشريف فيجوز خلعه وطلاقه.

٣) قياساً على الحدود والقصاص فلو قذف السكران أو قتل للزمه الحد أو القصاص فناسب ذلك أن يلزمه طلاقه وخلعه، والقول بغير ذلك ينافي مقاصد الشريعة إذ القول بعكس هذا يجعله إذا فعل حراماً واحداً لزمه حكمه وإن تضاعف جرمه بالسكر وفعل المحرم الآخر لم يلزمه شيء، كما لو ارتد بغير سكر فيلزمه حكم الردة فإذا جمع بين الردة والسكر لم يلزمه حكم الردة لأجل السكر، وهذا مخالف لمقاصد الشريعة[1] لذا ينبغي القول بصحة وقوع الخلع منه لا سيما أن السكران عاص بسبب سكره فلا يصح مكافأته بمعصيته بأن تسقط عنه التكاليف أو الالتزامات التي ألزم بها نفسه حال سكره.

الرأى الثانى:

١٥٤- وهى الرواية الثانية عند الأمام أحمد، ورأى عند الشافعية بعدم وقوع الطلاق والخلع من السكران بلا فرق بين أن يكون متعدياً بسكره من عدمه.

وفى المغنى " والرواية الثانية: لا يقع طلاقه، وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب كثير من التابعين، ولا نعلم أحدا من الصحابة خالفه وقال أحمد: حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح"[2].

- إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله "دون حرف العطف، وبصحيح البخارى بلفظ " كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه " ج٥ ص ٢٠ ١٩

(١) نيل الأوطار ج٦ ص٢٣٧

(٢) المغنى لابن قدامة ج٧ ص ٢٨٩

وفى المهذب " وروى المزني أنه قال في القديم لا يصح ظهاره والطلاق والظهار واحد، فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يصح وهو اختيار المزني وأبي ثور لانه زائل العقل فأشبه النائم أو مفقود الإرادة فأشبه المكره"[1].

١٥٥- وقد استدلوا بما يلى:

١) بعض الأقوال الواردة عن الصحابة، كقول عثمان بن عفان " ليس لمجنون ولا لسكران طلاق " وقول ابن عباس " طلاق السكران والمستكره ليس بجائز"[2] وفى هذا دليل على عدم وقوع الطلاق من السكران، وكذا خلعه لأن ما يشترط فى واحد منهما يشترط فى الآخر.

٢) قياس زائل العقل بالسكر على المجنون والنائم والمعتوه فى أن كلاً منهم زائل العقل أو المكره فإنه فاقد الإرادة الصحيحة فتصبح عبارته ملغاة لا قيمة لها ولذا لا يقع طلاقه ولا يصح خلعه[3].

الرأى الراجح

١٥٦- باستعراض أدلة الفريقين يتبين رجحان رأى الجمهور القائل بوقوع الخلع من السكران المتعدى بسكره لقوتها وتعددها، ولو صحت الأقوال المنسوبة للصحابة رضوان الله عليهم فى عدم وقوع طلاق السكران

---

(١) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٧

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص٢٣٥

(٣) المغنى لابن قدامة ج٨ص٢٥٦

لأمكن حملها على السكران غير المتعدى بسكره، وبخاصة أن الصحابة جعلوا السكران كالصاحى فى حقوق العباد كما فى حد القذف وغيره من الأحكام(١) أما قياس زائل العقل بالسكر على المجنون وغيره فهو قياس مع الفارق لأن السكران بمحرم متعد بسكره وقد فقد إرادته باختياره بعد إتيانه المحرم فيجب أن يؤاخذ بتصرفاته عقوبة وزجراً له.

١٥٧- هذا ومن الواجب أن نشير هنا إلى أن القانون المصرى عند تنظيمه لهذا الأمر بالنسبة للطلاق قد تبنى الرأى المرجوح فنصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه " لا يقع طلاق السكران والمكره "وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون ما نصه " طلاق السكران لا يقع بناء على قول راجح لأحمد، وقول فى المذاهب الثلاثة، ورأى كثير من التابعين، وأنه لا يعرف عن أحد من الصحابة قول فيه بالوقوع ".

(١) نيل الأوطار ج٦ ص٢٣٧

المطلب السادس

خلع المريض مرض الموت

١٥٨- المريض مرض الموت: هو من أضناه مرض عجز بـــه عـــن إقامة مصالحه المعتادة خارج البيت كعجز العالم الفقيه عن الإتيـــان إلـــى المسجد، و عجز التاجر عن الإتيان إلى دكانه، ثم استمر المرض في حدود السنة دون تزايد وأعقبه الموت(١).

ويلحق به من يترقب الموت كمن حكم عليه بالقتل وينتظر تنفيـــذ هـــذا الحكم، أو كالمشرف على الغرق فى سفينة، وكمن حـــضر صـــف القتـــال ونحـــو ذلك.

١٥٩- وقد ذهب جمهور الفقهاء الى أن خلع المريض مرض المـــوت صحيح ونافذ قياساً على طلاقه، لأنه لو طلق بغير عوض لجاز طلاقه فلأن يجوز بعوض أولى، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء.

- يقول ابن قدامة فى المغنى " وأما خلعه زوجته فلا إشكال فى صـــحته سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث لأنه لو طلق بغيرعوض لصح فلأن يصح بعوض أولى ولأن الورثـــة لا يفـــوتهم بخلعه شيء "(٢).
- ويقول ابن حزم " وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق مات من

(١) حاشية بن عابدين ج٣ص٢٨٤

(٢) المغنى لابن قدامة ج٨ص٢٢٣

ذلك المرض أم لم يمت منه"[1] مما يفهم منه أن الظاهرية يجيــزون الخلع فى مرض الموت فلا فرق عندهم بين المريض والصحيح.

- أما المالكية فلا يجيزون خلع المريض مرض الموت لما فى ذلك من اخراج وارث فى مرض موته[2].

١٦٠- وقد اختلف الفقهاء فيما إذا ما كانت الزوجة ترث من زوجهــا المخالع إذا مات فى هذا المرض من عدمه!

فذهب الفقهاء فى ذلك مذهبين:

المذهب الأول:

١٦١- ويرى أن الزوجة المختلعة ترث زوجها إذا مات فــى مــرض الموت الذى خالعها فيه، وسواء عندهم أن يموت وهى فــى العــدة، أو إذا انتهت عدتها أو تزوجت غيره بعد العدة، إذ أنه طلقها فى مرض موته وهو ما يعرفه الفقهاء بأنه طلاق الفار، أو طلاق الفرار لأن فيه فراراً مــن أن ترثه زوجته فيرد عليه قصده ويعامل بنقيض مقصوده، وهو مذهب المالكية ورواية عند الحنابلة.

فعند المالكية " ترثه زوجته المطلقة فى المرض إن مات مــن مرضــه الذى خالعهــا فيه ولو خــرجت من العــدة وتزوجت غيره ".

وفصّل الحنابلة فقالوا " يصح خلع المريض مرض الموت بمــا قــل أو كثر من بدل، لأنه لو طلقها بغير عوض لصح طلاقه فلأن يطلقها بعــوض

(١) المحلى لابن حزم ج١٠ص٢١٨

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج٢ ص٣٥٢و٣٥٣

أولى، فإن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح، لأنه لا تهمة فى أن طلقها ليعطيها ذلك وإن أوصى لها بزيادة على ميراثها فللورثة منع الزائد عنهـا، لأنه اتهم فى أنه قصد إيصال ذلك إليها، وحيث لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهى زوجة فطلقهـا عن طريق الخلع ليوصل ذلك إليها فمنع كمـا لو أوصى لوارث[1].

١٦٢- واستدل أصحاب هذا الرأى بما روى عن عبد الرحمن بن عوف أنه طلق زوجته فبتّها ثم مات وهى فى عدتها، فورثها عثمان[2].

المذهب الثانى:

١٦٣- ويرى أن الزوجة المختلعة لا ترث من زوجها إذا مات فى العدة لأنها رضيت بإبطال حقها بسؤال زوجها الطلاق فى مرض موته وغالـب الأحوال أنها تكون عالمة بهذا المرض وبما يترتب على الخلع مـن آثـار وبطلبها الطلاق أيضاً يكون الزوج غير متهم بالفرار من توريثها وهو رأى الشافعية والأباضية ورواية عند الحنابلة.

وهو ما نص عليه الشيرازي بقوله " إن سألته الطلاق لـم ترث لأنـه غير متهم"[3].

كما أشار إليه ابن قدامة فقال " وان سألته الطلاق فى مرضه فأجابهـا

(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٨٩

(٢) السنن للبيهقى ج٧ ص ٣٦٢

(٣) المهذب للشيرازى ج٢ ص٢٥

القاضى ففيه روايتان، أحدهما – لا ترثه لأنه ليس بفار"[1].

ونص عليه الأباضية فقالوا "وان مرض فافتدت منه فمات في مرضه لم ترثه، لأن افتداءها إسقاط لميراثها باختيارها ولو كانت فى العدة "[2].

(١) المغنى لابن قدامة ج٧ ص٢٢٣

(٢) شرح النيل ج٣ص٥٠١

المبحث الثانى
في
المخالعة وما يشترط فيها

١٦٤- المخالعة هى الزوجة التى يقع عليها الخلع، وإذا كان الفقهاء قد اشترطوا فى الزوج المخالع أن يكون مكلفاً اى بالغاً عاقلاً، وأن يكون مختاراً، أى غير مكره على المخالعة، قاصداً إليها عن وعى ورغبة، فهل تطلب ذات الشروط فى الزوجة المخالعة؟ وهل توجد شروط أخرى تطلب فى الزوجة المخالعة ولا تطلب فى الزوج نظراً لطبيعة المرأة والأحكام الخاصة بها؟

نتناول الإجابة على هذه التساؤلات فى هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: سلامة ارادة الزوجة وأهليتها للتصرف

المطلب الثانى: كون الزوجة محلاً للخلع

المطلب الثالث: كون الخلع فى طهر لم يمسسها الزوج فيه

المطلب الأول

سلامة إرادة الزوجة

١٦٥- سبقت الإشارة إلى ما اشترطه الفقهاء فى الزوج المخالع من أن يكون مكلفاً أي بالغاً عاقلاً، وأن يكون مختاراً، أى غير مكره على المخالعة، قاصداً إليها عن وعى ورغبة دون إكراه، وهى بذاتها الشروط التى تطلب فى المرأة المخالعة عند بحث سلامة إرادتها وأهليتها للتصرف.

وعلى هذا فيسرى فى حق الزوجة ذات الأحكام التى قدمناها فى شأن الهزل والغضب والسكر، ويتبقى - مما يتعلق بسلامة إرادة الزوجة - بعض عناصر بحاجة إلى بحث خاص نظراً لاختلاف حكم المرأة عن الرجل فيها، وهى:

الفرع الأول:حرمة الإساءة إلى الزوجة لتختلع.

الفرع الثانى: خلع المريضة مرض الموت.

الفرع الثالث: خلع الولى عن الزوجة.

الفرع الأول

حرمة الإساءة إلى الزوجة لتختلع

١٦٦- يحرم على الزوج أن يؤذى زوجته بأن يمنعها من حقوقها، أو يلحق بها ضرراً في نفسها أو مالها بأي وسيلة من وسائل الإكراه حتى تضجر وتختلع نفسها.

ومن يفعل ذلك فهو آثم كما قرر العلماء، ولكن هل يصح الخلع فى هذه الحالة أم يقع باطلاً لا أثر له؟ أم ينقلب طلاقاً وتسترد الزوجة ما دفعته فضلاً عن حقوقها المالية التي تترتب على الطلاق؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين، وذلك على النحو الآتى بيانه:

الرأي الأول:

١٦٧- ويرى أن الخلع فى هذه الحالة باطل والعوض مردود، وهو قول ابن عباس ومجاهد والنخعى والزهرى وغيرهم وبه جاء الرأى عن مالك والثورى وقتادة والشافعى والحنابلة.

ونص الحنابلة على ذلك بقولهم " ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق، كالثمن فى البيع والأجرة فى الإجارة، والخلع هنا يبطل ويصبح طلاقاً رجعيا، لأن الرجعة إنما سقطت لأجل ملكية المال فإذا لم يملك المال كان له الرجعة(١).

وهو ما اشترطه المالكية بأن يكون الخلع اختياراً من الزوجة دون إكراه

---

(١) المغنى لابن قدامه ج٧ص٢٤٨، والمرجع هنا فى رأى الشافعية هو المجموع شرح المهذب ج١٧ص٦

ولا ضرر وإلا وقع طلاقا لا خلعاً[١].

١٦٨- وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالآيات التالية:

١) قوله تعالى ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾[٢].

٢) قوله تعالى ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾[٣].

٣) قوله تعالى ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾[٤].

فهذه الآيات تدل على منع الزوج من أن يأخذ من زوجته شيئاً مما آتاها إلا إذا توافر موجب الخلع أو أتت الزوجة بفاحشة مبينه فيجوز عندئذ، كما سبق نقله عن ابن سيرين وأبى قلابة[٥].

---

(١) بداية المجتهد ج٢ص٦٨

(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٩

(٣) سورة النساء الآية رقم ١٩

(٤) سورة النساء الآية رقم ٢٠

(٥) المغنى لابن قدامة ج٦ ص ١٧٤

الرأى الثانى

١٦٩- ويرى أن الخلع صحيح والعوض لا يرد، مع إثم الزوج ديانة، وبهذا الرأى قال الحنفية[١].

وحجة هذا الرأي أن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به، وهو من أهل الإسقاط، أما المرأة فهى من أهل المعاوضة والرضا فيصح الخلع ويلزم العوض.

ولعل الراجح

١٧٠- هو ما جاء به أصحاب الرأى الأول الذى يقول ببطلان الخلع مع وقوع الطلاق الرجعى واسترداد الزوجة للعوض، وذلك لقوة أدلة هذا الرأى وحتى لا يجتمع على المرأة فراق الزوج والغرامة المالية، فى حين أنها لم تطلب الخلع إلا لتوقى الضرر الواقع عليها من الزوج، أما الزوج فكان الأولى به أن يسرح بإحسان ما دام هو الراغب فى الفرقة وبيده الطلاق.

١٧١- ونرى أن مالا يجوز ديانة لا يجوز قضاء، فلا أصل لهذة التفرقة، وينبغى ان يكون ما هو محظور فى الديانة محظوراً أيضاً فى أحكام القضاء، لأن الشأن فى القضاء الإسلامى أن يطبق أحكام الديانة فيقرر ما هو حلال ويحكم به ويبطل ما هو حرام ولا يحكم به[٢]، والله تعالى أعلم.

---

(١) بدائع الصنائع ج٤ ص١٩٠

(٢) المفصل فى احكام الأسرة وبيت المسلم د/ عبد الكريم زيدان ج ٨ ص ١٩٤

الفرع الثاني

خلع المريضة مرض الموت

١٧٢- إذا اختلعت الزوجة فى مرض موتها، ثم ماتت وهى فى العدة فهل يصح الخلع ويستحق الزوج بدل الخلع الذى دفعته له ليطلقها فيبقى ملكاً له أم يسترده ورثة المختلعة دفعاً لتهمة التواطؤ بين الزوجين لحرمان بعض الورثة، كما ان للمسألة وجه آخر - فى ظل التطبيق العملى لنص القانون المستحدث - وهو أن تخالع المراة زوجها بأن ترد له ما أعطاها من صداق لتحرمه هو من ميراثها.

وقد اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين:

الرأى الأول:

١٧٣ - ويرى أن مخالعة الزوجة لزوجها فى مرض موتها يقع صحيحاً، وهو للحنفية والشافعية والحنابة والظاهرية والزيدية وغيرهم.

غير أن أصحاب هذا الرأى قد اختلفوا فى القدر الذى تجوز المخالعة به.

- فعند الحنفية يأخذ الزوج الأقل من ثلاثة أشياء: بدل الخلع، أو ثلث التركة، أو ميراثه منها فيقول ابن عابدين " خلع المريضة يعتبر من الثلث لأنه تبرع فله الأقل من إرثه وبدل الخلع إن خرج من الثلث، وإلا فالأقل من إرثه والثلث إن ماتت فى العدة "[(١)].
- وذهب الشافعية إلى أن خلع المريضة مرض الموت صحيح إلا أنه فى

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٣ص٤٦٠

حدود مهر المثل أو ثلث التركة أيهما اقل، فإذا خالعته على ألف وكان مهر مثلها ذلك استحقه بعد موتها إذا كان ثلث تركتها أكثر من ألف وإن كان أقل من ألف استحق ثلث التركة، وفى مغنى المحتاج " ويصح اختلاع المريضة مرض الموت لأن لها صرف مالها فى شهواتها بخلاف السفيه ولا يحسب من الثلث الا الزائد من مهر المثل لأن الزائد عليه هو التبرع"(١).

- وقال الحنابلة أن الزوج يأخذ الأقل من بدل الخلع أو من ميراثه منها فجاء فى المغنى " إذا خالعته فى مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها وهذا المذهب"(٢).
- أما الظاهرية فلا يفرقون بين الصحيح والمريض فتصرفات المريض مرض الموت زوجاً كان أو زوجة صحيحة عندهم، وعلى هذا لو خالعته على مبلغ ما ثم ماتت فله العوض كاملاً سواء كان أقل من الميراث أو الثلث أو أكثر(٣).

الرأى الثانى:

١٧٤ - وهو المشهور فى مذهب المالكية، ويرى عدم جواز مخالعة الزوجة لزوجها فى مرض الموت وتحريم أخذ شيء منها، وإذا وقع لزم الطلاق ولا توارث بينهما، وذلك لما فيه من حرمان وارث من حقه، وقد جاء فى المدونة " قلت أرأيت إن اختلعت المريضة من زوجها فى مرضها

---

(١) مغنى المحتاج ج٣ ص ٢٦٥

(٢) المغنى لابن قدامة ج٨ص٢١٥

(٣) المحلى لابن حزم ج١٠ ص٢٠٣

أيجوز هذا فى قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك لا يجــوز ذلك، قلت: فهــل يرثهـــا؟ قال مالك: لا يرثهـــا"(١).

الرأى الراجح

١٧٥- لعل رأى القائلين بصحة الخلع ووقوعه إذا كان العوض بقــدر ميراث الزوج هو الأرجح، ورد ما زاد على ميراثه منها، وذلك لأنه تنتفى حينئذ شبهتا التواطؤ للإضرار بالورثة، وإخراج وارث من التركة.

(١) المدونة الكبرى ج٢ ص٣٥١

الفرع الثالث

خلع الولى عن الزوجة

١٧٦- إذا كان الخلاف قد ثار بين الفقهاء حول صحة وقوع الخلع من ولي الصغير أو المجنون، فقد ثار النقاش بينهم كذلك عند الحديث عن حكم مباشرة ولى الزوجة للخلع حال كونها صغيرة أو سفيهة أو مجنونة، وفى ذلك حالات عدة:

الحالة الأولى:

١٧٧- أن يكون عوض الخلع من مال الولى، بأن ضمنه الولى للزوج أو التزم به من ماله الخاص، فهنا يكون الخلع صحيحاً ويلتزم الولى بالعوض وذلك باتفاق جمهور الفقهاء[١]، وذلك لما عندهم من جواز خلع الأجنبى، فإن جاز بذله من غير الولي فيكون بذله من الولي أولى، وهو ما نص عليه الفقهاء بقولهم " وإن خالعها بشيء من ماله جاز لأنه يجوز من الأجنبي فمن الولي أولى "، " ولا يكون له الرجوع على الزوجة في مالها إلا أن تكون محجوراً عليها لإفلاسها، فيرجع عليها إذا أيسرت وفك الحجر عنها"[٢].

وخالف فى ذلك الظاهرية فلم يروا جواز الخلع من الولى مطلقاً[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٣ص٤٥٨، جواهر الإكليل ج١ ص٣٣٠، مغنى المحتاج ج٣ ص ٢٧٧، المغنى لابن قدامة ج٨ص٢١٥

(٢) المغنى لابن قدامة ج٨ص ٢١٦

(٣) المحلى لابن حزم ج١٠ ص٢٤٤

الحالة الثانية

١٧٨- أن يخالع الولي على أن يكون عوض الخلع من مال الزوجة، دون التزام من الولي، وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على مذهبين:

المذهب الأول: أنه يجوز للولى أن يخالع من مال الزوجة إذا رأى في ذلك مصلحة لها، وهذا رأى المالكية وبعض الحنابلة[١].

وعلة ذلك عندهم أن الولي قد يرى في الخلع مصلحة لابنته أو درء مفسدة عنها بتخليصها من زوج يتلف مالها أو تخاف منه على نفسها وعقلها، ففي هذه الحالة لا يعتبر بذل العوض تبذيراً وإنما صيانة لنفسها وحفظ مالها كما يجوز للولى بذل مالها في مداواتها وفك أسرها[٢].

وقد جاء في جواهر الإكليل " وجاز الخلع من الأب عن بنته المجبرة بدون إذنها ولو بجميع مهرها حيث اقتضت مصلحتها "[٣].

المذهب الثاني: أنه لا يجوز لولى الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة أن يخالع عنها من مالها، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة فضلاً عن الظاهرية لعدم جوازهم خلع الولى[٤].

وقد نص أصحاب هذا الرأى على ذلك فقالوا "ولا يجوز للأب أن يخلع

(١) جواهر الإكليل ج١ ص٣٣٠، المغنى لابن قدامة ج٨ص٢١٦

(٢) المغنى لابن قدامة ج٨ص٢١٦

(٣) جواهر الإكليل ج١ ص٣٣٠

(٤) حاشية بن عابدين ج٣ص٤٥٧، ٤٥٨، المهذب للشيرازى ج٢ ص٧١، مغنى المحتاج ج٣ ص ٢٧٧، والمغنى لابن قدامة ج٨ص٢١■

البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها لأنه يسقط بذلك حقها"[١] وفي هذه الحالة لا يلزمها العوض، إذ أنه كالتبرع من ناحية أن فيه بذلاً لبعض مال الصغيرة أو السفيهة أو المجنونة والولي لا يملكه.

الرأى الراجح

١٧٩- لعل الراجح في هذه المسألة هو رأى الجمهور القائل بعدم وقوع الخلع من ولى الزوجة حال كونها صغيرة أو سفيهة أو مجنونه.

- فمن ناحية أن مخالعة الولى من مال الزوجة فيه إسقاط لحقها من المهر والاستمتاع وهو لا يملك ذلك.
- ومن ناحية أخرى فإن ما عسى أن يكون سبباً للخلع من بغض المرأة لزوجها وكراهيتها لمعاشرته، هو مما يستلزم لتحققه وجود العقل والإدراك من الزوجة.

مع وجوب التفرقة بين الصغيرة والمجنونة من جهة والسفيهة من جهة أخرى إذ أن الأخيرة يتوقف الأمر على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت مميزة تعرف أن النكاح جالب والخلع سالب، فإن قبلت وقع الخلع لتحقق شرطه وهو القبول.

ومع مراعاة أنه إذا ظلم الزوج زوجته الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة ورأى الولى أن خلاصها منه أو أن الحفاظ على أي من المقاصد الخمسة يتطلب تدخله للاتفاق مع الزوج على الخلع بعوض من مال الزوجة فتكون الفتوى على مذهب المالكية من أنه يجوز للولى أن يخالع عن الزوجة إذا رأى في ذلك مصلحة لها.

---

(١) المهذب للشيرازى ج٢ ص٧١

المطلب الثانى

كون الزوجة محلاً للخلع

١٨٠ - حتى تكون الزوجة محلاً للخلع، ويكون الخلع بينها وبين زوجها صحيحاً تترتب عليه الآثار التى قررها الشارع فيجب أن يكون عقد زواجها صحيحاً توافرت فيه جميع أركان وشروط العقد الصحيح على ما قرره الفقهاء عند تناولهم لأحكام عقد الزواج، وهذا الأمر محل اتفاق بين الفقهاء(١).

١٨١ - وترتيباً على ذلك: فإن خلع الأجنبية التى ليست بزوجة للمخالع لا يقع لانعدام الزوجية بينهما، ولأن الخلع يتبع الزواج، كذلك لا يقع خلع من تزوجت بعقد زواج فاسد لأن الواجب في العقد الفاسد هو التفريق بين الزوجين لبطلان العقد وانعدامه شرعاً.

- ولما كانت المطلقة طلاقاً رجعياً ولم تنقض عدتها تعتبر زوجة حكماً، لأن الطلاق الرجعى لا يرفع الحل ولا ملك النكاح، فيكون ما تبذله المرأة فى هذه العدة هو عوض عن فكاكها عن رباط الزوجية فتصح مخالعتها، وبهذا صرح الفقهاء(٢)، وسواء فى ذلك أن كانت فى عدة الطلقة الأولى أو عدة الطلقة الثانية.

غير أن الخلع فى عدة المطلقة رجعياً يتنافى مع الحكمة التى شرعت من أجلها العدة إذ أنها شرعت حتى لا تنفصم عرى الزوجية مرة واحدة بعد

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص٢٥٣

(٢) المفصل فى أحكام المرأة وبيت المسلم د/ عبد الكريم زيدان ج٨ ص١٤٠

الطلقة الأولى أو الثانية وإنما أراد الشارع الحكيم أن يعطى للزوجين الفرصة فى مراجعة الأمر وإعادة الزوجية الى ما كانت عليه بأن يراجع الزوج زوجته قبل انتهاء عدتها، ولكنه لو وقع فى العدة وقع صحيحاً.

وإذا كنا نشترط فى هذه الحالة ألا تنقضى العدة حتى يصح الخلع، فبالمفهوم المخالف إذا انقضت العدة وأصبح الطلاق بائناً فلا يصح الخلع لأن الزوجية لم تعد قائمة، وكذلك لو أن الزوج طلق زوجته الطلقة الثالثة فلا يصح الخلع ولو لم تنقض العدة.

وبالجملة فلا يصح الخلع إلا إذا كانت الزوجية قائمة وصحيحة، فإن انتهت علاقة الزوجية أو كانت فاسدة فلا يقع الخلع.

وقد جاء فى المادة ٢٩٧ من مجموعة الأحكام الشرعية لقدري باشا ما نصه " إذا خالع الزوج امرأته وأخذ منها بدلاً بغير حق بأن كان النكاح فاسداً من أصله لا يقبل الخلع فلها أن تسترد ما أخذه ".

المطلب الثالث

كون الخلع في طهر لم يمسسها الزوج فيه

١٨٢- هل يشترط أن يكون الخلع فى طهر لم يجامع الرجل زوجته فيه؟ بحيث لو حدث حال حيض المرأة أو فى طهر جامعها الرجل فيه لا يقع صحيحاً؟

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين وفقاً لما يلى:

- **الرأي الأول:** أن الخلع إذا وقع فى حال الحيض أو الطهر الذى جامعها فيه فهو صحيح وجائز، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة(١).
- **الرأى الثانى:** أنه يشترط لصحة الخلع أن تكون الزوجة فى طهر لم يمسسها الزوج فيه، وهذا رأى الزيدية والجعفرية والظاهرية وهو ما ذهب إليه الإمام ابن القيم رحمه الله(٢).

وسبب الاختلاف

١٨٣ - هو رأى كل فريق فى صحة طلاق الزوجة حال حيضها أو فى طهر جامعها الزوج فيه فمن يرى صحة الطلاق فى هذه الحالة يقول بصحة الخلع كذلك، ومن يرى عدم وقوع الطلاق إلا أن تكون الزوجة فى طهر لم

---

(١) حاشية بن عابدين ج٣ص٤٤١، جواهر الإكليل ج١ ص٣٣٨، مغنى المحتاج ج٣ ص ٣٠٨، – المغنى لابن قدامة ج٨ص١٧٤

(٢) البحر الزخار ج٤ ص ١٧٤، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٧١، المحلى ج ١٠ ص١٦١، زاد المعاد لابن القيم ج٤ ص ٨٣

يمسسها الزوج فيه يقول بعدم صحة الخلع، وانضم إلى هذا الفريق الأخير من يرى أن الخلع فسخ لا طلاق.

أدلة أصحاب الرأى الأول

١٨٤- استدل أصحاب الرأى الأول القائلون بأن الخلع إذا وقع فى حال الحيض أو الطهر الذى جامعها فيه فهو صحيح - وهم جمهور الفقهاء - بأدلة من القرآن والسنة والمعقول.

أولاً : من القرآن

مطلق النص القرآنى الدال على جواز الخلع فى قوله تعالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾(١)، فالآية لم تفرق بين أن يكون الخلع فى طهر أو فى حيض، وعلى هذا فالخلع يقع صحيحاً سواء وقع فى طهر أو فى حيض(٢).

ثانياً : من السنة

عدم سؤال النبى صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس فى حديث الباب برواياته المختلفة عن حالها أحائض هى أم فى طهر؟

فدل ذلك على جواز وقوع الخلع حال الطهر والحيض على السواء، وقد قال الحافظ ابن حجر عند شرحه لرواية البخارى " وفيه أن الخلع جائز فى

---

(١) سورة البقرة- الآية رقم ٢٢٩

(٢) مغنى المحتاج ج٣ ص ٣٠٨

الحيض لأنه صلى الله عليه وسلم لم يسألها أحائض هى أم لا؟ "[١]، وهو ما قرره الشوكانى إذ قال " والدليل على عدم الاشتراط عدم استفصاله صلى الله عليه وسلم كما فى أحاديث الباب وغيرها "[٢].

ثالثاً : من المعقول

أن سبب المنع من الطلاق فى الحيض هو ما يلحقها من إطالة لفترة العدة عليها، و الخلع لا يحصل إلا بقبول الزوجة وبرغبتها، فيكون ذلك رضاً منها وقد يكون فيه تحقق مصلحتها بدفع سوء العشرة من جانب الزوج[٣].

أدلة أصحاب الرأى الثانى

١٨٥ – واستدل أصحاب الرأى الثانى القائلون أنه يشترط لصحة الخلع أن تكون الزوجة فى طهر لم يمسسها الزوج فيه بقوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَ ﴾[٤] وقد فسر ابن عباس ترجمان القرآن هذه الآية فقال: ألا يطلقها وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه ولكن يتركها حتى إذا حاضت وطهرت طلقها تطليقة[٥].

١٨٦ – ويبقى الخلاف قائماً فى هذه المسألة ما بقى الخلاف حول حكم الطلاق فى الحيض أو فى طهر مسها فيه، وهو ما يسمى " الطلاق البدعى".

---

(١) فتح البارى ج٩ ص ٤٠٢

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص٢٥٠

(٣) جواهر الإكليل ج١ ص٣٣٨

(٤) سورة الطلاق – الآية رقم ١

(٥) نيل الأوطار ج٦ ص٢٢٦

الباب الثالث

النيابة في الخلع

الباب الثالث

النيابة في الخلـع

١٨٧ – المقصود بالنيابة هنا: أن ينوب عن طرفى الخلــع أو أحــدهما شخص آخر غيرهما في ايقاعه.

ولعلنا قد تحدثنا عن إحدى صور النيابة وهى الولاية الطبيعيــة عنــد تناولنا لمدى جواز وقوع الخلع من ولى الزوج أو الزوجة إن كان أحــدهما صغيراً أو مجنوناً وبينا أراء الفقهاء في هــذا النوع من النيابة.

وفى هذا الباب نتناول الصور الأخرى للنيابة في الخلع وذلك في فصلين نتحدث في أولهما عن الوكالة في الخلع، ونتحدث في ثانيهما عن الخلع بأمر القاضى.

الفصل الأول

الوكالة في الخلع

تمهيد وتقسيم

١٨٨- تطلق الوكالة فى اللغة لتدل على عدة معان منها: الحفظ، كما فى قوله تعالى ﴿ وَقَالُواْ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ ﴾[١]، كما تدل على تفويض الأمر كما فى قول الله تعالى ﴿ وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُۥٓ ﴾[٢]، فوكل إليه الأمر – بفتح الكاف أو تشديدها – أى فوضه إليه[٣].

١٨٩- وفى اصطلاح الفقهاء الوكالة هى " استنابة جائز التصرف مثله، فيما تدخله النيابة من قول كعقد..أو فعل كقبض.."[٤].

ونتناول الوكالة فى الخلع من خلال ثلاثة مباحث هى:

المبحث الأول: جواز الوكالة في الخلع

المبحث الثانى: فى بيان من تصح وكالته

المبحث الثالث: الخلع من الأجنبي

(١) سورة آل عمران – من الآية ١٧٣

(٢) سورة الطلاق – من الأية ٣

(٣) المعجم الوجيز – ص ٦٨٠

(٤) شرح منتهى الارادات ج٢ ص ٢٩٩

المبحث الأول

جواز الوكالة في الخلع

١٩٠ – لا خلاف بين الفقهاء في جواز الوكالة في الخلع سواء من جهة الزوج أو جهة الزوجة فإذا وكّل الزوج من يخالع عنه زوجتـه أو وكلـت الزوجة من يخالع زوجها نيابة عنها صح ذلك وفى هذا يقول ابن قدامـة: وهذا مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ولا أعلم فيه خلافاً[١].

١٩١ – واستدلوا على ذلك من القـرآن الكـريم بقـول الله سـبحانه: ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[٢] فجعلوا المراد بالحكمين في الآية الكريمة أنهما وكيلان عن الزوجين.

وحيث قد ثبتت مشروعية الوكالة في الخلع فلا يخلو الأمر من أحـوال ثلاثة:-

الحالة الأولى:-

١٩٢- أن يقدر الزوج للوكيل القدر الذى يخالع عليه كما إذا قـال لـه خالع زوجتى بمائة جنيه أو قالت الزوجة للوكيل خالع زوجى بمائة دينار.

فإذا التزم الوكيل بما قدره له موكله وخالع به فلا خلاف أيـضاً بـين الفقهاء على صحة الخلع أما إذا خالف الوكيل أمر موكله حالة التقدير فـلا

---

(١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٩٠ و٩١، و يراجع فى بيـان رأى الـشافعية مغنـى المحتاج ج٣ ص ٢٦٧، وعند الحنفية تراجع حاشية بـن عابـدين ج٧ ص ٣٤٢، وعند المالكية يراجع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٥.

(٢) سورة النساء – الآية رقم ٣٥.

يخلو الأمر من فرضين:-

الفرض الأول: أن يكون وكيلاً عن الزوج وفى هذه الحالة إما أن يخالع بأقل من القدر المحدد له أو يخالع بأكثر من القدر المحدد له.

أ) فإذا خالع بأقل من القدر المحدد له بأن قال له الزوج خـالع زوجتى بمائة فخالع بخمسين فذهب المالكية والشافعية وبعض الحنابلة إلى عدم صحة الخلع ولا يقع الطلاق لأن الوكيل بمخالفته أمر موكله أصـبح معزولاً عن الوكالة، ولأن الموكل قد أذن للوكيل أن يخالع بشرط مـا قدره له من العوض فإذا لم يوجد المقدر لم يوجد الشرط فأشبه خلـع الفضولى[1].

وفى حاشية الدسوقى " وإن نقص وكيله أي وكيل الزوج على الخلـع عن مسماه أي عما سماه الزوج له بأن قال للوكيل خالعهـا بعـشرة فخالع القدرة لم يلزم الخلع ولا يقع الطلاق لأن الوكيل معـزول عن ذلك بمخالفته إلا أن يتمـه الوكيل أو الزوجـة فيلـزم"[2].

وذهب بعض الحنابلة إلى صحة الخلع لأن مخالفة الوكيـل لموكلـه جاءت في قدر العوض وهو لا يبطله فيرجع الموكل علـى الوكيـل بالقدر الذى نقص، كما لو وكّله في بيع منزله لزيد فباعه لغيـره لـم يصح أما لو وكّله في بيعه بعشرة فباعه بخمسة صح البيـع وضـمن

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٥، ومغنى المحتاج ج ٣ ص٢٦٧، و المغنى لابن قدامه ج٧ ص ١٩١.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص٣٥٥.

الوكيل قيمة النقص[١].

وفى قولٍ عند الشافعية يقع الخلع بمهر المثل لفساد المــسمى بــنقص الوكيل عن القدر الذى أذن له فيه موكله[٢].

ب) أما إذا خالف الوكيل أمر موكله بأن خالع بأكثر مما قدره له كمــا إذا قال له خالع زوجتى بمائة جنيه فخالعها بمائة وخمسين فلا خلاف بين الفقهاء في صحة الخلع لأن الوكيل زاد خيراً للزوج.

الفرض الثاني: أن يكون وكيلاً عن الزوجة، فإذا قدرت له العوض فإما أن يخالع بأقل منه أو بأكثر منه وفى كلا الحالتين اما أن يضيف الخلع إليها أو إلى نفسه أو يطلق.

أ) فإن خالع بأقل مما قدرته له فلا خلاف بين الفقهاء أيضاً على صــحة الخلع لأنه فعل خيراً لها.

يقول ابن قدامه " ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العــوض الذي قدرته له صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له لم يلزمه"[٣].

ب) أما إذا خالف وخالع بأكثر مما قدرته له الزوجة وأضافه إليهــا بــأن قالت له وكلتك في مخالعتى من زوجى بمائة فخالع بمــائتين عليهــا فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يصح الخلع لأن الوكيل بمخالفته أمر

---

(١) المغنى لابن قدامه ج٧ ص ١٩١.

(٢) جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٣١٠.

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٢٧٣.

موكله كان معزولاً، كما لو نقص وكيل الزوج[1].

وعند المالكية " وإن زاد وكيلها على ما سمت له أو على خلع المثل إن أطلقت فعليه الزيادة على ما سمته أو على خلع المثل ولا يلزمها إلا دفع ما سمته أو خلع المثل حيث أطلقت "[2].

وقد وافقهم بعض الحنابلة فقالوا يصح الخلع ولزمت الوكيل الزيادة لأن الزوجة رضيت بدفع العوض الذى يملك الخلع به بالقدر المأذون فيه مع التقدير، والزيادة تلزم الوكيل لأنها عوض بذله في الخلع فصح منه ولزمه كما لو لم يكن وكيلاً[3].

ج) أما إذا خالف ما قدرته له الزوجة بالزيادة وأضاف الخلع إلى نفسه فهو خلع أجنبى لأن اضافته إلى نفسه إعراض عن التوكيل منه[4] ويقع صحيحاً في هذه الحالة عند من اجاز الخلع من الأجنبي ومن اشترط فيه موافقة الزوجة.

د) أما إذا خالف ولم يضف الخلع إلى الزوجة ولا إلى نفسه بل أطلق فإما أن تكون نيته إلى نفسه أو إلى الزوجة.

١) فإن كانت نيته إلى نفسه فهو خلع أجنبي ويكون الشأن في ذلك كما إذا أضافه لنفسه لفظاً.

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص٣٥٥، كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧، رسالة مخطوطة في الخلع لفضيلة الشيخ / مصطفى محمد عبد الخالق ص ٤٨.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص٣٥٥.

(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧،.

(٤) كتاب الأم ج ■ ص ١٨٧.

٢) أما إذا اتجهت نيته إلى الزوجة فإن اختلع بما قدرته له الزوجة أو أقل منه نفذ الخلع ولزم الزوجة العوض المقدر.

وان اختلع بأكثر مما قدر له فالراجح أن على الزوجة ما قدرته له ويغرم هو الزيادة فكأنه افتداها بالعوض الذى قدرته وزيادة من عند نفسه، هذا والوكيل مصدق في توجيه نيته لأنها لا تعلم إلا منه[١].

الحالة الثانية:

١٩٣ – هى حالة الإطلاق بأن يطلق الموكل للوكيل ولم يحدد له قدراً معيناً يخالع عليه كأن يقول الزوج: خالع زوجتى بمال أو خالعها وسكت، أو تقول الزوجة خالع زوجى بمال أو خالعه وسكتت فلا يخلو الأمر من فرضين:-

الفرض الأول:

إذا كان وكيلاً عن الزوج ولم يقدر له قدراً يخالع عليه فإذا خالع بمقدار مهر المثل أو زاد عليه عند الشافعية أو بمثل ما يخالع به أمثالها عند المالكية أو خالع بمقدار المهر الذى أخذته وقت نكاحها أو زاد عليه عند الحنابلة صح الخلع لصدوره من أهله وفى محله.

أما إذا خالف الوكيل وخالع بعوض أقل من مهر المثل لا يصح ولا يقع الخلع عند الشافعية.

ويقول المالكية: إذا خالع الوكيل بأقل من القدر الذى يخالع به أمثال هذه

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٥، بلغة السالك لأقرب المسالك ج ١ ص ٤٤٥، كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧.

الزوجة فيحلف الزوج أنه كان يريد بإطلاقه للوكيل أن يخالع بعوض المثل فإن حلف الزوج لم يلزمه الخلع إلا إذا قام الوكيل أو الزوجة بدفع ما يكمل عوض المثل.

ويرى الحنابلة: أنه لو خالع الوكيل بأقل من المهر الذى أخذته صح الخلع ورجع الزوج على الوكيل بقدر النقص وذلك لانصراف الإذن إلى إزالة ملك الزوج عن البضع بالعوض المقدر شرعاً فإذا أزاله الوكيل بالأقل ضمن النقص كالوكيل المطلق في البيع إذا باع بدون ثمن المثل[1].

الفرض الثانى:

إذا كان وكيلاً عن الزوجة ولم تقدر له قدراً من العوض يخالع عليه، فإما أن يخالع على أقل من مهر مثلها أو أقل من صداقها أو أقل من عوض أمثالها صح الخلع ونفذ لأنه فعل خيراً رجع إليها.

أما إذا خالع بعوض أكثر من مهر المثل أو أكثر من قدر صداقها وقت النكاح أو بعوض أكثر من عوض أمثالها، فإن الخلع يقع صحيحاً ويلزم الوكيل الزيادة من ماله هو ولا يلزم الزوجة إلا دفع مهر المثل عند الشافعية وقدر صداقها عند الحنابلة، وقدر العوض الذى يخالع عليه أمثالها عند المالكية وذلك لأن الزوجة رضيت بدفع العوض الذى يملك الخلع به عند الإطلاق فتلزم الزيادة الوكيل من ماله[2].

---

(١) جلال الدين المحلى على المنهاج جـ ٣ ص ٣١٠، ٣١١، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٥، بلغة السالك لأقرب المسالك ج ١ ص ٤٤٥، كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧.

(٢) جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٣١٠، ٣١١، حاشية الدسوقى على =

الحالة الثالثة:

١٩٤- أما إذا خالف الوكيل سواء كان من جهة الزوج أو الزوجة في جنس العوض بأن وكل في أن يخالع على مال فخالع على عين مثلاً أو بالعكس،

أو خالف موكله في صفة العوض حلولاً وتأجيلاً بأن وكله في أن يخالع بمائة حالة فخالع على مائة مؤجلة أو وكلته الزوجة في أن يخالع على مائة مؤجلة فخالع على مائة حالة أو خالفه في نقد البلد بأن وكله في أن يخالع على ريالات سعودية فخالع على جنيهات مصرية لم يصح الخلع في كل هذه الصور إلا أنه يغتفر القدر اليسير(١).

واستثنى الفقهاء حالة أن تكون مخالفته لصالح موكله كما إذا كان وكيلاً للزوجة ووكل في أن يخالع بمائة حالة فخالع على مائة مؤجلة، وكذلك إذا كان وكيلاً عن الزوج ووكل في أن يخالع على ألف مؤجلة فخالع على ألف حالة، وهكذا...فيكون الخلع صحيحاً بالرغم من مخالفة الوكيل لأمر موكله(٢).

= الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٥ كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧.

(١) جلال الدين المحلى ج ٣ ص ٣١٠، ٣١١.

(٢) البحر الزخار ج ٣ ص ١٨١، كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧.

المبحث الثانى
فى
من تصح وكالته في الخلع

١٩٥- سبق أن بينا أن للزوج والزوجة أن يوكل كل منهما من يخالع نيابة عنه وقد يكون الوكيل من قبل الزوج وقد يكون من قبل الزوجة، وقد يكون وكيلاً عن الزوجين معاً.

أولاً : - من يكون وكيلاً للزوج:

١٩٦ - لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للزوج أن يوكل في مخالعة زوجته من يباشر عقد الخلع، وأجازوا أن يكون الوكيل عبداً وإن لم يأذن له سيده أو محجوراً عليه بسفه وإن لم يأذن له وليه لأنه لا يتعلق بوكيل الزوج عهدة ولأن كلا منهما يجوز أن يخالع لنفسه وكل من صح أن يتصرف في الخلع لنفسه صح توكيله فيه كسائر الفسوخ والعقود.

ويجوز توكيل أحدهما في قبض العوض إذا أذن له السيد أو الولى أما إذا لم يأذن له فلا يجوز له ذلك.

فإذا وكل الزوج أحدهما في قبض العوض بلا إذن من السيد أو الولى وقبض العوض فعلاً برئت الزوجة المختلعة.

كما يجوز توكيل الذمي والحربي عن الزوج[(١)].

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧، حاشية ابن عابدين ج ٨ ص ٧٧٨، رسالة مخطوطة فى الخلع لفضيلة الشيخ / مصطفى محمد عبد الخالق - كلية الشريعة والقانون ص٤٦.

كما يجوز للزوج توكيل أنثى في الخلع – خلافاً لبعض الزيديـــة – لأن المرأة لها أن تطلق نفسها إذا قال لها الزوج طلقي نفسك، وذلك القول إمـــا تمليك لها حق الطلاق أو توكيل لها فيه فإن كان توكيلاً فـذاك، وإن كـان تمليكاً فمن جاز تمليكه الشئ جاز توكيله فيه[1].

أما الزيدية فقال بعضهم لا يصح الخلع إذا كان الوكيل امــرأة، وقيــل يصح لأنه عقد معاوضة كالبيع وهو الراجح عندهم إذ لا دليل على المنــع منه[2].

ولا يجوز أن يوكل الصبي ولا المجنون ولا المغمى عليــه ولا غيــر المعين كمن وكل أحد هذين الرجلين دون تعيين.

ثانياً : من يكون وكيلاً للزوجة :

١٩٧- ويجوز للزوجة أن توكل في اختلاعها عبداً ولو بدون إذن سيده، وكذلك يجوز للزوجة أن توكل محجوراً عليه بسفه إذا كان العوض بعــين مالها أو كان بدين وأضافه السفيه إليها وحتى إذا لم يــأذن لــه وليّــه إذ لا ضرر يعود على السفيه من ذلك ويلزم الزوجة العوض[3].

أما إذا أضاف السفيه العوض إلى نفسه أو أطلق فلا يجــوز التوكيــل والخلع ليس بصحيح.

---

(١) كتاب الأم ج ٥ ص ١٨٧.

(٢) البحر الزخار ج ٣ ص ١٨١.

(٣) كتاب الأم للشافعي ج ٥ ص ١٨٧، رسالة في الخلع لفضيلة الــشيخ / مــصطفى محمد عبد الخالق ص ٤٥.

ويجوز للزوجة أن توكل ذمياً وحربياً في اختلاعها، وكذلك يجوز أن توكل عنها أنثى وفقاً للراجح بين الفقهاء لأن المرأة تستقل بالاختلاع

ولا يجوز لها أن توكل صبياً ولا مجنوناً ولا المغمى عليه ولا المجهول غير المعين[1].

ثالثاً :- الوكيل عن الزوجين:

١٩٨ - اختلف الفقهاء في جواز أن يكون الشخص وكيلاً عن الزوجين فى المخالعة، ويتولى إتمام الخلع عنهما بهذه الصفة.

فذهب الحنابلة إلى جواز ذلك، ففى كشاف القناع " ولو كان وكيل الزوج والزوجة واحداً فله أن يتولى طرفى العقد كالنكاح"[2].

فى حين ذهب الشافعية إلى أنه لا يصح أن يتولى شخص واحد الوكالة عن الزوجين فى الخلع، وفى مغنى المحتاج " ولو وكل الزوجان معاً رجلاً واحداً تولى طرفاً منه، أى تولى أى طرف شاء من المخالعة، والطرف الآخر يتولاه أحد الزوجين أو وكيله، ولا يتولى الطرفين كما فى البيع وغيره"[3].

ولعل الراجح

١٩٩- هو ما ذهب إليه الشافعية من عدم جواز أن يتولى وكيل واحد طرفى المخالعة، لما يحدث عند المخالعة - غالباً - من تعارض فى

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٥٥.

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٧.

(٣) مغنى المحتاج ج٣ ص٢٦٧ و٢٦٨.

مصلحة كل من الزوجين، ولما قد يجرى من التفاوض حول قدر العــوض وشروط المخالعة، فقد يحسن أن يكون من يتولى المخالعـــة عــن الـــزوج بخلاف من يتولاها عن الزوجة، والله تعالى أعلم.

المبحث الثالث

فى

خلع الأجنبي

٢٠٠- بعد أن تكلمنا عن الزوج والزوجة باعتبارهما طرفى الخلع وبينا أن لكل منهما أن يوكل من يباشر عنه عقد الخلع.

نتكلم هنا عن خلع الاجنبى وهو الفضولى، أى الذى ليست لــه صــفة تخوله إجراء المخالعة عن الزوجة وهو ليس وكيلاً عنها وليست له ولايــة عليها فهو أجنبى عنها من هذه الجهة(١) ولبيان ذلك نوضح أراء الفقهاء على النحو الآتى:

الرأى الأول:

٢٠١- أن خلع الأجنبى يقع صحيحاً وهو رأى جمهور الفقهاء، فــنص عليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة(٢).

وحكى الإمام بن قدامة شهرة هذا الرأى عند الفقهاء فقال: "ويصح الخلع مع الأجنبى بغير إذن المرأة، مثل أن يقول الأجنبى للزوج: طلق امرأتــك بألف علىّ، وهذا قول أكثر أهل العلم"(٣).

---

(١) المفصل فى أحكام الأسرة وبيت المسلم ج٨ ص ١٤٦

(٢) كتاب الأم ج ٥ ص ١٨٧، جلال الدين المحلــى علــى المنهــاج ج ٣ ص ٣٢١، المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٢١٨، كشاف القنــاع ج ٣ ص ١٢٧، شــرح منتهــى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ١٨٩، حاشية ابــن عابــدين ج ٢ ص ٧٨٣، حاشــية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٤٧، ص ٣٤٨.

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٢١٨.

فإذا باشر الخلع شخص أجنبى عن الزوجة دون وكالة منها ولا ولاية له عليها فلا يخرج ذلك عن أمرين:

الأمر الأول:

وهو أن يضيف الأجنبى العوض المخالع عليه إلى نفسه ويكون ملتزماً به أو ضامناً له كأن يقول للزوج اخلع زوجتك على مائة جنيه مـــن مـــالى الخاص أو اخلعها على عقارى هذا.

أو يقول للزوج اخلع زوجتك على مهرها أو على مائة جنيه في ذمتهـــا وأنا ضامن لها فيجيبه الزوج فيقع الخلع صحيحاً ويلزم الأجنبى العـــوض الذى تمت المخالعة عليه من ماله الخاص وإضافة المال إلى الزوجـــة فـــي هذه الصورة بغير إذن منها لغو.

وليس للأجنبى الرجوع على الزوجة لأنه متبرع بالعوض ولا يجـــوز الرجوع للمتبرع.

ويستوى في ذلك إذا كانت الزوجة راضية بالخلع أم كارهة له لأنـــه لا يشترط رضاها إلا إذا كانت هى الملتزمة بالعوض.

أما إذا كان الملتزم غيرها فرضاها ليس بشرط حينئذ، وذلك لأن الزوج يستقل بالطلاق دون الزوجة.

وبناء على هذا فلا تلتزم الزوجة بشئ من مالها بهذا الخلع.

الأمر الثانى:

ألا يضيف الأجنبي العوض إلى نفسه ولا يلتزم به ولا يـــضمنه وذلـــك كأن يقول للزوج أخلع زوجتك على ألف جنيه مثلاً – أو قال له اخلعها على

ألف جنيه تدفعها هى، أو قال له اخلعها على ألف جنيه يدفعها لك فلان - دون إذن من فلان هذا - فشمل هذا صورتين:-

الصورة الأولى:

ألا يضيف الأجنبى البدل إلى أحد، كأن يقول اخلع زوجتك بألف ويسكت وهنا يرى بعض الفقهاء أن ذلك في حكم ما إذا ضمنه فيكون صحيحاً ويلزمه العوض من ماله وذلك لضمانه إياه فى المعنى، والدليل على ذلك قرينة طلبه الخلع من الزوج وإلى ذلك ذهب المالكية والشافعية والحنابلة(١).

ويرى الحنفية أن الأجنبى فى حالة عدم إضافته البدل إلى أحد لا يكون ضامناً له ويتوقف الخلع على قبول الزوجة، لأنها الأصل فى الخلع فإذا قبلت تم الخلع ولزمها العوض وإن لم تقبل لم يلزمها شئ(٢).

الصورة الثانية:

أن يضيف الأجنبى العوض إلى غيره ممن هو مالك للعوض كأن يقول الأجنبى للزوج خالع زوجتك على ألف جنيه يدفعها لك فلان أو تدفعها لك الزوجة أو على منزل فلان وهنا يتوقف الخلع على إجازة من أضيف إليه العوض فإن أجازه نفذ الخلع ولزمه العوض وإن لم يجزه لم يصح الخلع وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية(٣).

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٤٧، ٣٤٨، جلال الدين المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٣٢١ كشاف القناع ج ٣ ص ١٢٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٨ ص ٧٨٥.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٨ ص ٧٨٣، وجلال الدين المحلى على المنهاج =

أما الحنابلة فيرون أنه إذا جعل الأجنبي العوض من مـــال الزوجـــة أو غيرها ولم يضمنه لم يصح الخلع[1].

الرأى الثانى

٢٠٢- ويرى أن خلع الأجنبى غير صحيح، فلا يصح أن يؤخذ العوض فى الخلع من غير الزوجة، وهو مذهب الظاهرية و الزيديـــة والجعفريـــة والإمام أبو ثور.

فعند الظاهرية لا يجوز الخلع إلا فى أحد وجهين: إذا كرهــت المــرأة زوجها فخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فـــإن وقع الخلع بغير ذلك فهـــو باطـــل، ولذلك لم يجيزوا خلـــع الـــولى عـــن المجنونة أو الصغيرة[2].

واستدل الزيدية بقول الله سبحانه وتعالى (فلا جناح عليهما فيما افتـــدت به) فقد أضاف المولى عز وجل فى الأية الكريمة الفـــداء إلـــى الزوجـــة، وبناء على هذا لا يقع الخلع إذا التزم بالفداء أجنبى ولكن يقع بـــه طـــلاق رجعى ولا يلزم به مال[3].

وإليه ذهب الجعفرية، وحجتهم فى ذلك أن الآيات الكريمة والروايـــات الصحيحة – من السنة النبوية – المثبتة للخلع اقتضت أن يكون العوض من

= ج ٢ ص٣٢١، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٤٨.

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٢٧، المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٨٣.

(٢) المحلى لابن حزم ج١٠ ص ٢٣٥ وكذا ص٢٤٤

(٣) البحر الزخار ج ٣ ص ١٨٣.

الزوجـــة لا من غيرها فإذا التزم بالعوض أجنبى فهو باطل[1].

وأيدهم فى ذلك الإمام أبو ثور وعلل رأيه بأن بذل العوض فى مقابلة ما يحصل من نفع للغير إنما هو سفه لا يصح[2].

الترجيح

٢٠٣- رغم كثرة القائلين بالرأى الأول، وشهرة هذا الرأى عند أهـل الاجتهاد والتقليد على السواء، إلاَّ أننا نميل إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى من عدم وقوع خلع الأجنبى ونستغرب كثيراً ما ذهب إليه أصـحاب الرأى الأول من أن الأجنبى إذا أضاف العوض إلىٰ نفسه فيستوي بعد ذلك أن تكون الزوجة راضية بالخلع أو كارهة له!

كما نستغرب قولهم أنه لا يشترط رضاها إلاَّ إذا كانت هـى الملتزمـة بالعوض!!

وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: - لصحة ما استدل به أصحاب الرأى الثانى من أن الله عز وجل قد أضاف الفداء إلى الزوجة فى قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتـدت به) وأن الروايات الصحيحة اقتضت أن يكون العوض من الزوجـة فـلا يكون الفداء من غيرها.

(١) جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ج٥ ص ٣١٧.

(٢) المغنى لابن قدامه ج٧ ص٨٥.

ثانياً: - بطلان قياس أصحاب الرأى الأول هذه المسألة على الطـــلاق وقولهم أن الزوج يستقل بالطلاق، وذلك لاختلاف الطلاق عن الخلــــع فـــى نواحٍ عدة أهمها الحقوق المالية للمرأة.

فكيف يتسنى أن نهدر هذه الحقوق باتفاق يبرم بين الزوج وأجنبـــى لا ناقة له ولا جمل.

ثالثاً:- أن الخلع ما هو إلاً عقد يتم بالتراضى بين طرفيه، حتى ذهــب بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه " عقد وشرط " فلو أن الزوج قد خالع- بنـــاء على طلب الأجنبى – وجب أن ننظر إلى إجازة الزوجة فلو أجازت وقـــع الخلع، وإلاً وقع طلاقاً رجعياً مع احتفاظ الزوجة بكامل حقوقها.

رابعاً: - أن الأسرة المسلمة يجب ألا تكون عرضة للصفقات، والقــول بصحة الخلع إذا التزم الأجنبى بالعوض يفتح الباب أمام المـــساومات مـــن ذوى النفوس المريضة ويؤدى إلى تهدم الأسر، فضلاً عما فيه من إهـــدار لإرادة المرأة بل ولكرامتها.

فقد يكون الخلع من الأجنبى بقصد الإضرار بالزوجة كأن يكون بقـــصد النكاية بها أو اسقاط النفقة الواجبة فى العدة للمطلقة على مطلقها كما عنـــد القائلين بسقوطها.

وقد يكون الخلع منه لمصلحة تعود عليه كما لو أراد بفعله هذا تطليقهـــا لكى يعرض عليها أن يتزوجها، أوليزوج زوجها قريبة له.

وقد يفعل ذلك لا بقصد مضارتها ولا لمصلحة نفسه، بـــل لمـــا يظنـــه مصلحة الزوج أو مصلحة لها، وهو أيضاً لا يجـــوز لمناقـــضته مقاصـــد

الشريعة فى النكاح وهى إبقاء النكاح وإدامة الحياة الزوجيـــة، وقـــد تـــرى الزوجة الغافلة أن فى بقاء الرابطة الزوجية مصلحتها فيكون فعل الأجنبـــى ضرراً لهـــا، والضرر مرفـــوع فى الشريعة ومـــا يؤدى إليه يمنع (١).

(١) لفضيلة الدكتور / عبد الكريم زيدان تفصيل فى ذلك، ويميل فضيلته إلـــى تـــرجيح صحة الخلع من الأجنبى إن كان فى ذلك مصلحة الزوجة، يقول " وأفضل أن يكون بإذنها صراحة أو دلالة لأن الأمر يتعلق بها، إلا إذا تعذر على الأجنبى أخـــذ إذنهـــا صراحة أو دلالة " (المفصل فى أحكـــام الأســـرة وبيـــت المـــسلم ج٨ ص ١٤٩ و ص١٥٠).

الفصل الثانى

فى مخالعة القاضى

تمهيد وتقسيم

٢٠٤ - إذا كان الأصل فى الخلع هو التراضى واتفاق الزوجين، فهــل يلزم مصادقة الحاكم أو القاضى عليه، أو يلزم لصحة الخلع أن يكون لــدى القاضى؟

ومن ناحية أخرى، إذا امتنع الزوج عن الخلع ورفعت الزوجة أمرهــا للقضاء، فهل يجوز للقاضى أن يجبر الزوج على المخالعة أو أن يخالع نيابة عنه؟

ومن ناحية ثالثة، ما هو دور الحكمين فى الاصلاح، وهل لهما ســلطة التفريق بين الزوجين أم لا؟

وهذه الأمور هى التى سنتناولها - بعون الله - فى هذا الفصل من خلال ثلاثة مباحث هى:

المبحث الأول: فى توقف الخلع على حكم القاضى

المبحث الثانى: فى جواز إجبار للزوج على الخلع قضاء

المبحث الثالث: فى الحكمين

المبحث الأول
في
توقف الخلع على حكم القاضى

٢٠٥- اختلفت كلمة الفقهاء فيما إذا كان الخلع يفتقر إلى حاكم أم لا؟

فذهب فريق إلى أن الخلع يصح بحاكم وبغير حاكم وذهب فريق آخر إلى عدم صحة الخلع من غير حُكم حَاكم ونبين ذلك فيما يلى: -

الرأى الأول:

٢٠٦- أن الخلع يجوز بحاكم وبدون حاكم وحيث هو كذلك فلا يتوقف على حكم الحاكم وهو رأى جمهور الفقهاء[1]، وصرحوا بذلك لكى لا يتوهم أن الطلاق لما كان على عوض كان مظنة للجور فلا يباشره إلا الحاكم،

- فنص السرخسى على أن " الخلع جائز عند السلطان وغيره لأنه عقد يعتمد التراضى كسائر العقود"[2].
- وجاء فى جواهر الإكليل " وجاز الخلع بلا حاكم فلا يتوقف كونه خلعاً على حكم القاضى"[3].
- وقال السيوطى فى الأشباه والنظائر عند تبيانه لأنواع الفرق التى تحتاج إلى حضور الحاكم والتى لا تحتاج إلى حضوره ما نصه " وأما

(١) المبسوط ج ٦ ص ١٨٣، و المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٧٤، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٤٧، و المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٧.

(٢) المبسوط ج ٦ ص ١٨٣.

(٣) جواهر الاكليل ج ١ ص ٣٣٠.

ما لا يحتاج إليه أصلاً فالطلاق والخلع"[١].

- وقال ابن قدامه " ولا يفتقر الخلع إلى حاكم، نص عليه أحمـــد فقـــال: يجوز الخلع دون سلطان"[٢].

ودليل الجمهور فى ذلك:

١) ما رواه البخارى عن عمر وعثمان أنهما قالا: لا يفتقر الخلـــع إلـــى حاكم، وما روى عن عمر بن الخطاب أنه أتى بخلـــع بـــين رجـــل وامرأته فأجازه[٣].

٢) أن النكاح والطلاق لا يحتاجان إلى حكم القاضى فكذلك الخلـــع لأنـــه نوع من الطلاق[٤].

٣) أن عقد الخلع إن قيل أنه عقد معاوضة كان كالبيع وإن قيل أنه فـــسخ بالتراضى كان كالإقالة، وكل من البيع والإقالة لا يحتاج إلـــى حكـــم حاكم[٥].

الرأى الثانى:

٢٠٧- أن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان، فلا يصح بـــإرادة الـــزوج والزوجة استقلالاً بل يلزم أن يترافعا إلى الحاكم وهو يقضى بوقوع الخلـــع

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ج ١ ص ١٧٩.

(٢) المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٧٤.

(٣) فتح البارى ج٩ ص ٣٩٦

(٤) المرجع السابق – نفس الموضع.

(٥) المغنى لابن قدامـــه ج ٨ ص ١٧٤، وكـــشاف القنـــاع ج ٣ ص ١٢٧، وحاشـــية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٧٤.

وبدون ذلك لا يصح الخلع عندهم.

وذهب إلى هذا الرأى جماعة من كبار التابعين منهم سعيد بن جبير والحسن البصرى ومحمد ابن سيرين.

- وقد روى عن الحسن البصرى قوله (لا خلع إلا عند السلطان) وروى مثله محمد بن سيرين يقول: كانوا يقولون لا خلع إلا عند السلطان، كما قال سعيد بن جبير: لا يكون الخلع إلا بعد أن يعظها فإن اتعظت وإلا ضربها فإن اتعظت وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكماً من أهلها وحكماً من أهله فيرفع كل واحد منهما إلى الحاكم ما رآه من صاحبه، فأما أن يرى التفريق وأما أن يرى الجمع[1].

وقد استدلوا بما يلى:

أولاً: من الكتاب

فقد قال الله سبحانه وتعالى:

﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ ... ﴾ ...... الآية"[2] فقد جعل الله سبحانه وتعالى الخوف فى الآية لغير الزوجين فقال (فإن خفتم) وأسنده إلى الحكام والولاة ولم يسنده إلى الزوجين و الا لو كان يريد الزوجين لقال (فإن خافا)[3] وهذا دليل على أن الخلع لا يكون إلا عند السلطان.

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٧.

(٢) سورة البقرة - الآية ٢٢٩.

(٣) تفسير القرطبى ج٣ ص ٩٤٥، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٧.

ثانياً: من السنة

فقد استدلوا بقصة ثابت بن قيس وما قالته زوجته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ذهبت تشتكيه إليه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسـلم أن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقة.

فأمره صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس كالحكم تماماً بتمام فلزم مـن ذلك ألا يكون الخلع إلا عند القاضى[1].

٢٠٨ - وقد رد الجمهور على أدلة أصحاب هذا الرأى كما يلى: -

١) يرد على ما استدلوا به من الكتاب بأن الآية الكريمـة جـرت علـى الغالب وأنها ليست للحكام خاصة بل تناولت الحكام والأوليـاء، قـال القرطبى: لا معنى لهذا القول لأن الرجل إذا خالع امرأته فإنمـا هـو على ما تراضيا عليه ولا يجبره السلطان على ذلك[2].

٢) يرد على ما استدلوا به من السنة بإن الروايات الصحيحة التى وردت فى شأن قصة ثابت بن قيس لم تبين أن زوجته ذهبت تـشتكيه إلـى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإنما ذهبت تطلب الرأى والمـشورة والنصيحة.

يؤيد ذلك أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعتب عليه فـى خلق ولا دين –فلم يظهر منه عيب فى أخلاقه ولا نقصان فى دينه يقتضى الشكوى منه، ثم إن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت فـى قبـول العوض ليس حكماً بل هو أمر إرشاد وإصلاح بدليل ما جاء بإحدى روايات

(١) فتح البارى ج٩ ص ٣٩٧.

(٢) تفسير القرطبى ج٣ ص ٩٤٥

الحديث، أن ثابت بن قيس سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن قال له أقبل الحديقة – أيطيب ذلك لى يا رسول الله – فلو كان الأمر هنا كالحكم لما ساغ لثابت أن يسأل هذا السؤال لرسول الله صلى الله عليه وسلم.

الترجيح:

٢٠٩- يترجح لنا رأى الجمهور القائل بعدم توقف الخلع على حكم الحاكم أو القاضى وجواز وقوعه بالتراضى بين الزوجين وذلك لقوة الدليل الذى يستند إليه هذا الرأى وسلامته من المعارضة، ولما روى عن كبار الصحابة من اجازتهم للخلع الذى لم يحكم به القاضى.

٢١٠- وقد جاء النص المستحدث موافقاً لهذا الرأى، فنص على ذلك بالفقرة الأولى من المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بأنه " للزوجين أن يتراضيا بينهما على الخلع"

أى يمكن الاتفاق على الخلع دون اللجوء للقضاء للحكم به.

وهذا الرأى لا يمنع من ضرورة توثيق التراضى على الخلع أمام الموثق المختص، خاصة وان القانون المذكور قد اشترط ذلك لاثبات الطلاق – ومنه الخلع – عند الانكار، فنصت المادة ٢١ منه على انه " لا يعتد بإثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق... ".

المبحث الثانى

دور القاضى فى اكر■ الزوج على الخلع؟

٢١١- ويتطلب بحث هذه المسألة أن نتعرض أولاً إلى مــدى جــواز إختيار ولاة الأمر لرأى فقهى معين وإلزام الناس به، ثم حكم إكراه القاضى للزوج على المخالعة فى ضوء النص المستحدث بالمادة رقم ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، ونعرض ذلك فى مطلبين كما يلى:

المطلب الأول

في اختيار ولى الأمر لرأى فقهى مختلف فيه وإلزام الناس به

٢١٢- عند تناول الفقهاء لحدود طاعة ولى الأمر ومجالها، ثار الخلاف حول مدى الإلزام بطاعته فى الأحكام الاجتهادية.

٢١٣- فذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لا يجوز لولى الامر أن يلزم الناس برأى اجتهادى – مختلف فيه – تأسيساً على أن الآراء الاجتهادية تحتمل عدة أوجه، ولعل هذا كان هو الدافع للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة فى رفضه طلب الخليفة العباسى أبى جعفر المنصور فى حمل الناس على مذهبه(١).

٢١٤- بينما ذهب فريق ثان إلى حق ولى الأمر فى اختيار رأى فقهى وإلزام الناس به عن طريق القضاء، فلا يكون القضاء إلا به، فطالما يستند هذا الرأى إلى نص فى الشريعة، فاختيار ولى الأمر له يرفعه إلى درجة الإلزام به.

- وهو ما عبر عنه ابن عابدين بقوله " طاعة أمر السلطان فى مباح واجبة"(٢)، وبقوله " مجرد رأى السلطان أو القاضى.... حكم رافع للخلاف"(٣).
- وقد اعتبر الإمام ابن القيم ذلك من السياسة الشرعية ومثّل له باختيار عمر بن الخطاب للناس الإفراد بالحج، ليعتمروا فى غير أشهر الحج

(١) مقدمة الموطأ د/ محمد كامل حسين ج١ ص٣٣.

(٢) حاشية بن عابدين ج ٥ ص ١٦٧

(٣) المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٨

فلا يزال البيت الحرام مقصوداً، وجمع عثمان بن عفان الناس علـى حرف واحد من أحرف القرآن السبعة لما كان فى ذلـك المـصلحة، يقول ابن القيم " فلما خاف الصحابة على الأمة أن يختلفوا فى القرآن، ورأوا أن جمعهم على حرف واحد أسلم، فعلوا ذلك ومنعوا الناس من القراءة بغيره.

وهذا كما لو كان للناس عدة طرق إلى البيت، وكان سـلوكهم فـى تلـك الطرق يوقعهم فى التفرق والشتات ويطمع فيهم العدو، فرأى الإمـام جمعهـم على طريق واحد وترك بقية الطرق، جاز ذلك ولم يكن فيه إبطال لكون تلـك الطرق موصلة إلى المقصود، وإن كان فيه نهـى عـن سـلوكها لمـصلحة الأمة"(١).

- وهذا الرأى هو ما استقر عليه الفكر الإسلامى قديماً وحـديثاً حتـى صارت القاعدة فى ذلك أن " رأى الإمام ونائبه فيما لا نص فيه وفيما يحتمل وجوهاً عدة وفى المصالح المرسلة معمول به ما لم يـصطدم بقاعدة شرعية،وقد يتغير بحسب الظروف والعرف والعادات ".

٢١٥- وأياً ما كان الخلاف الفقهى، فإن الأنظمة السياسية - من قديم - قد أعطت لنفسها هذا الحق فى ترجيح مذهب فقهى معين وصبغ القضاء به ففى صدر الدولة العباسية كان يتم اختيار القضاة من فقهاء المذهب الحنفى، وفى عهد الدولة الفاطمية بمصر قصرت وظائف الدولة - ومنهـا القضاء - على فقهاء الشيعة الاسماعيلية، ولما زالت دولتهم وخلفهم الأيوبيون فـى حكم مصر كان القضاء للشافعية، وفى عهد الدولة العثمانية كان المعمول به

(١) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ص ٢٠ و ٢١

فى التقنين والقضاء هو الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة، إلى أن دعت الحاجة إلى الخروج على المذهب فى بعض المسائل، فاختيرت الآراء وصيغت تقنينات ملزمة للناس(١).

٢١٦- وعلى هذا نستطيع القول أن اختيار المقنن المصرى للرأى المجيز لمشروعية الخلع، والنص على ذلك بالفقرة الأولى من نص المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بأنه " للزوجين أن يتراضيا بينهما على الخلع ...." هو اختيار مشروع فى ضوء ما أسلفنا بيانه، لا سيما وقد أختار المقنن المصرى الرأى الراجح فى المسألة وهو مشروعية الخلع.

٢١٧- وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى ذلك فى حيثيات حكمها الصادر فى القضية رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية دستورية،

حيث قالت:

" لا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها باعتبار ان هذه الأحكام وحدها هى التى يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، وليست كذلك الأحكام الظنية فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً، فهذه تتسع دائرة الإجتهاد فيها تنظيماً لشئون العباد وضماناً لمصالحهم التى تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو إجتهاد وإن كان جائزاً ومندوباً من أهل الفقه، فهو أوجب وأولى لولى الأمر.....ويكون إجتهاد ولى الأمر

---

(١) تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية للأستاذ الدكتور / صوفى أبو طالب ص ٢٣٧ وما بعدها بتصرف، وأحكام الأسرة فى الاسلام لفضيلة الدكتور / محمد مصطفى شلبى ص ٣١ و ٣٢

بالنظر فى كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، إخماداً للسائرة وإنهاء للتنازع والتناحر وإبطالاً للخصومة، مستعيناً فى ذلك كله بأهل الفقه والرأى"[1].

(١) صدر هذا الحكم يوم الأحد الموافق ١٥ ديسمبر سنة ٢٠٠٢ ميلادية الموافـق ١١ شوال سنة ١٤٢٣ هجرية رداً على الدفع بعدم الدستورية الذى أثير بدعوى الخلع رقم ٥٣٢ لسنة ٢٠٠٠ م أمام محكمة الإسكندرية الإبتدائية للأحوال الشخصية.

المطلب الثانى

هل يجوز للقاضى اكراه الزوج على الخلع؟

٢١٨- إذا كان الراجح فى الفقه هو ما عليه الجمهور من عدم وقوع طلاق المكره وخلعه، فهل إذا كان الإكراه من الحاكم أو القاضى فهل يقع أم لا؟

نص الفقهاء على أنه إذا كان الإكراه بحق فإن الطلاق أو الخلع يقع وإن كان بغير حق فلا يقع.

- ففى المهذب " وأما المكره فإنه ينظر فإن كان إكراهه بحق كالمولى[1] إذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه لانه قول حمل عليه بحق، فصح كالحربي إذا أكره على الإسلام، وإن كان بغير حق لم يصح لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم إذا أكره على كلمة الكفر ولا يصير مكرها إلا بثلاثة شروط أحدها أن يكون المكره قاهرا له لا يقدر على دفعه، والثاني أن يغلب على ظنه أن الذي يخافه من جهته يقع به، والثالث أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوي الأقدار لانه يصير مكرها بذلك وأما الضرب القليل في حق من لا يبالي به والاستخفاف بمن لا يغض منه أو أخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه أو

(١) المولى هو من حلف على زوجته ألا يقربها أربعة أشهر أو أكثر، وهو الوارد فى قول الله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر... الآية " (سورة البقرة الآية رقم ٢٢٦)

الحبس القليل فليس بإكراه وأما النفي فإن كان فيه تفريق بينه وبين الأهــل فهو إكراه وإن لم يكن فيه تفريق بينه وبين الأهل ففيه وجهان أحدهما أنــه إكراه لانه جعل النفي عقوبة كالحد ولأنه تلحقه الوحشة بمفارقــة الــوطن والثاني ليس بإكراه لتساوي البلاد في حقه"(١).

- ويقول الإمام النووى " قال أصحابنا التصرفات القولية التـــي يكـــره عليها بغير حق باطلة سواء الردة والبيع والإجـــارة، وســـائر المعـــاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها، وأما ما أكره عليه بحق فهـــو صحيح، قالوا فتحصّل من هذا أن المرتد والحربي إذا أكرها على الإســـلام صح إسلامهما، لأنه إكراه بحق، وكذا المكره على البيع بحق يصح بيعـــه كما سبق وأما الذمي إذا أكره على الإسلام فهو إكراه بغير حق، لأنا شرطنا في الذمة أن نقره على دينه..... وأما المولى بعد مضي المدة فـــإذا طلـــق باكراه القاضي له نفذ طلاقه، لأنه إكراه بحق"(٢).

- وفى المغنى " وإن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى علـــى الطلاق بعد التربص إذا لم يفيء وإكراهه الرجلين اللذين زوجهما وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق لأنه قول حمل عليه بحق فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود"(٣).

- وقد نص القرطبى على ذلك فقال: إن الرجل إذا خالع امرأته فإنما هو

(١) المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٨

(٢) المجموع للنووى ج٩ ص ١٥١.

(٣) المغنى لابن قدامه ج٧ ص ٢٩١

على ما تراضيا عليه ولا يجبره السلطان على ذلك[1]، ونحمل هذا على أن يكون الاجبار بغير حق.

- ويقول ابن عابدين " الإكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعا كالعنين إذا أكرهه القاضي بالفرقة بعد مضي المدة ألا ترى أنه إذا أكرهه القاضي على بيع ماله نفذ بيعه، والذمي إذا أسلم عبده فأجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما إذا أكرهه على البيع بغير حق "[2].

- وفى فتاوى النساء لابن تيمية أنه سئل عن: امرأة مبغضة لزوجها طلبت الانخلاع منه، وقالت له: إن لم تفارقنى قتلت نفسى فأكرهه الوالى على الفرقة، وتزوجت غيره وقد طلبها الأول وقال: إنه فارقها مكرهاً، فأجاب: إن الزوج الأول إن كان أكره على الفرقة بحق مثل ان يكون مقصراً فى واجباتها، أو مضراً لها بغير حق من قول أو فعل كانت الفرقة صحيحة والنكاح الثانى صحيحاً وهى زوجة الثانى، وان كان أكره بالضرب أو الحبس وهو محسن لعشرتها حتى فارقها لم تقع الفرقة، بل إذا أبغضته وهو محسن إليها فإنه يطلب منه الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر عليه إذا لم يكن ما يبيح الفسخ[3].

٢١٩- وفى ضوء هذه الأقوال للسادة الفقهاء يتضح أن المسألة بها تفصيل، وذلك على النحو التالى:

(١) تفسير القرطبى ج٣ ص ٩٤٥

(٢) حاشية بن عابدين ج ٦ ص ١٢٨.

(٣) فتاوى النساء لابن تيمية ص ٢٤٩

أولاً : إن كان الإكراه بحق.

٢٢٠- كأن يثبت لدى القاضى أن الزوج مقصر فى أداء واجباتـه، أو مضر لزوجته بالقول أو الفعل، فهنا إذا طلبت الزوجة من زوجها أن يخالعها وتعسف الزوج فى استعمال حقه ولم يخالع، فإنه من الخير أن يستنبط من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى واقعة امرأة ثابت بن قيس أن يكون للقاضى سلطة التقدير، فيكون له حق المخالعة بين الزوجين إذا رفعت الزوجة أمرها بأنها لا تطيق زوجها بغضاً وأن العشرة بينهما صارت مبعث الشقاء وأنها- أى الزوجة - على استعداد لدفع العوض الذى يقرره القضاء بعد بحث نوع الشقاق وعدم إمكان الصلح بينهما، فيأمر القاضى الزوجين بالمخالعة على أن تدفع الزوجة العوض إلى الزوج الذى يقدره القاضى فإن رضى الزوج بذلك، وإلاّ ألزمه القاضى وخالع نيابة عنه، كما له أن يطلق نيابة عنه إذا ألحق بالزوجة ضرراً ورفض الزوج أن يطلق وأمسكها ضراراً. ٢٢١- فقد نص الفقهاء فى هذه الحالة على أن القاضى يطلق عن الزوج، بل من الفقهاء من قال بأن للقاضى أن يؤدب الزوج بخلاف إجباره على الطلاق،

ففى الشرح الكبير " ولها أي للزوجة التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو يا بنت.... كما يقع كثيرا من رعاع الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق كما هو ظاهر وكوطئها في دبرها..... ومتى شهدت بينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره أي الضرر"[١].

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٣٤٥.

٢٢٢- ونرى أن في تقنين الطلاق للضرر- والذى نظمه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- مايغنى عن النص المستحدث في هذه الحالة، فقد نص ذلك القانون على ما يلي:

مادة (٦):

إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١

مادة (٧):

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

مادة (٨):

يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر، وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة.

ويجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

مادة (٩):

لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس

التحكيم متى تم اخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهـــدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

مادة (١٠) :

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

١) فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون المساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة علـــى الـــزواج والطلاق.

٢) إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظيـــر بـــدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

٣) إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناســـب مع نسبة الإساءة.

٤) وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل.

مادة (١١) :

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً علـــى الأســـباب التى بنى عليها.

فإن لم يتفقا بعثتهما المحكمة مع ثالث له خبرة بالحـــال وقـــدرة علـــى الاصلاح، وحلفته اليمين المبينة بالمادة (٨).

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى

الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بطلقة بائنة، مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض.

ثانياً : إن كان الإكراه بغير حق.

٢٢٣ - إذا كان الزوج محسناً لعشرة زوجته، فأبغضته الزوجة وطلبت مخالعته، فهنا يندب له أن يجيبها من غير إلزام عليه، وقد روى عن عمر بن الخطاب قوله لرجل اخلع زوجتك لمّا رأى من كراهيتها له وكانت قد نشزت منه[١]، فعند كراهية الزوجة للزوج يستحب للزوج أن يجيب طلبها فى المخالعة، أو يتقدم هو إليها بطلب المخالعة، لأن كراهيتها له - لا سيما إذا كان مع بغضها له نشوز منها أوخروج عن طاعته - بمنزلة طلبها الاختلاع منه، وإن كان بصورة غير مباشرة وغير صريحة[٢].

أما إن كان له ميل قلبى إليها فلا يطلب منه إجابتها للخلع، بل تطالب هى بالصبر عليه وترضى بالمقام معه ولا تطلب الخلع[٣].

٢- وفى هذه الحالة لا يجوز للقاضى أن يجبر الزوج على المخالعة، فلا يقع الخلع إذا كان بإكراه القاضى إلاً إذا كان بحق.

و قد قدّمنا أن المرأة التى تجد زوجاً حسن العشرة أو مقبول الطباع ثم

---

(١) سنن البيهقى ج٧ ص ٣١٥

(٢) المفصل فى أحكام الأسرة د/ عبد الكريم زيدان ج٨ ص ١٢٥

(٣) المرجع السابق - ج٨ ص ١٢٤

تطلب منه الفرقة من غير سبب يدعوها لذلك، تكون جديرة بوعيـد النبـي صلى الله عليه وسلم في حديثه الشريف " أيما امرأة سألت زوجها الطـلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[1].

٢٢٤- ولعل أهم ما يؤخذ على النص المستحدث بالمادة رقم (٢٠) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ هو عدم اعتنائه بهذا التفصيل، وعـدم إعطـاء سلطة تقديرية للقاضى فى قبول طلب الخلع من الزوجة أو رفضه فى ضوء ظروف الدعوى وحال الزوج، فنصت المادة المذكورة على أنه "... فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.....".

فجعلت إكراه الزوج على المخالعة وجوبياً على المحكمة و لم تعن بهذا التفصيل الذى بيناه، وبيان صلاح الزوج وحسن معاشـرته لزوجتـه مـن عدمه، بل أطلقت حق الزوجة في طلب الخلع مكتفية بقول مرسـل تقـرره الزوجة أمام محكمة الموضوع بأنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية - لا بسبب تعد من الزوج أو خطأ ينسب إليه - و إنما بسبب هذا البغض.

- فنزعت عن القاضى سلطة التقدير وبحث أوجه الـضرر والـشقاق، وبحث إذا كان الزوج هو المتسبب فيه أم الزوجة، أو أنها - أى المادة المستحدثة - غلت يد القاضى عن أن يقلب أوراق الـدعوى وأدلتهـا ويصدر حكمه فيها بالقبول أو الرفض فى ضوء ما يظهـر لـه مـن

(١) رواه أبو داود ج ٢ ص ٢٨٦، وابن حبان ج ٩ ص ٤٩٠.

رجحان مصلحة على أخرى، بل جعلته أشبه بالموثق الذى تأتى إليه الزوجة طالبة الخلع فيعرض الصلح ويندب الحكمين، ثم يطلق لا محيص له عن ذلك، وإن بدا له تعسف الزوجة في طلبها الخلع.

- كما نزعت عن الزوج حقه فى الدفاع والإثبات، إذ تجبره المحكمة على الخلع ولو أقام سبعين دليلاً على حسن معاشرته لزوجته، وأنه يتمسك بها، وأن مصلحة الأسرة والأبناء تقتضى بقاء الزوجية.

كما نزعت عنه الحق فى الطعن على الحكم الصادر بالخلع إذ جعلته نهائياً، كما ورد بالفقرة الأخيرة من المادة " ويكون الحكم – فى جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن "

المبحث الثانى

فى الحكمين

٢٢٥-الخطاب فى ندب الحكمين جاء فى قول الله تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[١].

٢٢٦- و فضلاً عما سردناه فى المبحث السابق من بعض النصوص القانونية التى تبين دور الحكمين وشروطهما، فإنه من الضرورى أن نتناول موضوع التحكيم بين الزوجين بشئ من التفصيل فى هذا المبحث، وذلك لما لهذا الموضوع من ارتباط بقضية الخلع حيث يكون سبب الخلع – فى غالب الأحوال – هو وقوع الشقاق بين الزوجين، وهو ما اعتبره المقنن المصرى عند تقنينه لموضوع الخلع فى نص المادة (٢٠) من القانون رقم ١ لسنة٢٠٠٠.

٢٢٧- وقد اتفق الفقهاء على بعض المسائل فى موضوع التحكيم بين الزوجين، كما وجدت بعض المسائل التى اختلف الرأى فيها من مذهب لآخر و نتناول ذلك فى ضوء العناصر الآتية:

أولاً : - متى يكون بعث الحكمين؟

٢٢٨- من المتفق عليه بين الفقهاء أن بعث الحكمين يكون إذا وقع الشقاق بين الزوجين، ولم تجد وسائل التأديب التى شرعها الله عز وجل

(١) سورة النساء – الآية رقم ١٩

للزوج فى قوله تعالى" واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً "(١) وذلك إذا كان الشقاق والنشوز من جانب الزوجة، و أن يأبى الزوج الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان واستحكم النفور منه لزوجته فهنا يكون دور الحكمين واشراكهما فى معالجة هذا الشقاق(٢).

ثانياً : - فى بيان المخاطب ببعث الحكمين.

٢٢٩- يقول الله تعالى " فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها " وقد اختلف الفقهاء فى بيان المخاطب ببعث الحكمين فى الآية الكريمة وقد ذكر الامام ابن جرير الطبرى رحمه الله فى تفسيره اختلاف أهل التأويل فى المراد بالمخاطبين فى هذه الآية ببعث الحكمين فذكر رأيين فى ذلك، أولهما: أن المأمور بذلك السلطان الذى يرفع إليه أمرهما، وثانيهما: أن المأمور بذلك الرجل والمرأة، ثم ذكر جملة آثار بأسانيده إلى على كرم الله وجهه وابن عباس والحسن وقتادة بترجيح أن المأمور بذلك هو السلطان غير أنه إنما يبعثهما ليعرف الظالم من المظلوم منهما وليحمل كل واحد من الزوجين على أداء واجبه نحو صاحبه لا للتفريق بينهما(٣).

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٣٤

(٢) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٤٧، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٩٨.

(٣) جامع البيان لأحكام القرآن ج ٨ ص ٣١٨ إلى ص ٣٣٠.

وقد ذهب الامام مالك[١] والحنابلة[٢] إلى أن المخاطب هو السلطان الذى إليه الفصل في النزاع بين الزوجين، بينما يرى الـشافعية[٣] أن المقـصود بالخطاب فى الآية الكريمة الرجل والمرأة فهما ذوا الشأن وأدرى بحالهمـا وبمن يبعثانه حكماً عنهما.

٢٣٠- ولعلنا لا نرى تعارضاً بين الرأيين، بل نـرى إمكـان الجمـع بينهما، وهو ما يحدث عملاً أمام القضاء إذ يكون الأمر ببعث الحكمين من سلطات القاضى وهو الحاكم الذى ترفع إليه المنازعـة، ويكـون اختيـار الحكمين لكل من الزوجين يختار كل واحد منهما من يراه أصلح فـى أداء المهمة وتحقيق المصلحة، فإن تقاعس أحد الزوجين فى تعيين حكم عنه كان للقاضى أن يندب له حكماً من أقاربه أو من غير أقاربه ممن تتوافر فـيهم الشروط الشرعية اللازمة.

ثالثاً: فى شروط الحكمين.

٢٣١- ظاهر الآية الكريمة "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً مـن أهله وحكماً من أهلها" أنها تشترط كون الحكمين من الأقـارب المقـربين للزوجين، ذلك أنهما يكونان أحرص على بقاء الأسرة وتماسـكها وأحفـظ لأسرارها وأكثر إخلاصاً فى بذل النصح للزوجين، كما يكـون الأقـارب غالباً ذوى حرص وشفقة على الـزوجين وأبنائهمـا وأقـرب إلـى بـذل المحاولات المخلصة للاصلاح بين الزوجين ولمّ شعث الأسـرة.، فيختـار

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٧.

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٤٨.

(٣) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٧.

حكماً من أهله وتختار حكماً من أهلها،

كما يفهم من الآية الكريمة أنها تشترط كونهما رجلين عـدلين وذلـك لاستخدامها ضمائر المذكر.

٢٣٢- وقد ذهب بعض العلماء والمفسرين إلى أن هذه الشروط التـي تفهم من ظاهر الآية هى شروط واجبة، فلا يصح التحكـيم مـن أجنبيـين مثلاً[١] وهذا بخلاف كثير من العلماء الذين جعلوا هذه الـشروط للتفـضيل بحيث يقع جائزاً بعث الحكمين الأجنبيين طالما توافرت فيهما شروط العدالة ورجاحة العقل والقدرة على الإقناع والمصالحة والانتصاف للمظلوم.

فإن تعذر وجود حكم من الأقارب جاز أن يكون من غير الأقارب وفقاً لما تقتضيه المصلحة[٢] مع تفضيل الأقارب إن وجـدوا، وإلاً فالأصـدقاء والجيران المقربين.

٢٣٣ - وعلى الحكمين أن يستمعا إلى كل من الـزوجين وشـكايتهما وحجة كل منهما دون تضييق أو محاباة أو ميل لأحد الطرفين على حساب الآخر.

٢٣٤ - ونرى أن هناك شرطاً أساسياً قد اشترطته الآية الكريمة فـيمن يُبعث حكماً للاصلاح بين الزوجين وهو شرط صدق النية فى الاصلاح بين الزوجين وذلك فى قوله تعالى " إن يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما " ولـذلك يجب ألا يكون الحكم مكرهاً على أداء واجبه ولا أن يكون موظفـاً يـؤدى عملاً مقابل الحصول على أجر إلا أن يكون من أصحاب الـدين والخلـق

(١) تفسير القرطبى ج ٢ ص ١٧٤٤.

(٢) روح المعانى للألوسى ج ٥ ص ٢٦.

والضمير الحى والنية الخالصة لوجه الله تعالى.

رابعاً: هل الحكمان وكيلان أم قاضيان.

٢٣٥- بمعنى هل أنهما موكلان عن الزوجين للمناقشة والاقناع وعرض النتائج أم أنهما حاكمان وأن ما يتفقان عليه يكون ملزماً سواء بالجمع بين الزوجين أو التفرقة بينهما؟

٢٣٦- قد اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو التالى:

- فذهب فريق من الفقهاء إلى أن الحكمين وكيلان عن الزوجين، يدل على ذلك أن الحكمين من أهله وأهلها، فالذى من أهله وكيل له، والذى من أهلها وكيل لها، وقد روى ابن عيينه عن ابن سيرين قال: أتى علياً رجل وامرأته فقال على: ما شأن هذين قالوا: بينهما شقاق، قال: ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما، فقال على: هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال على: كذبت والله لا تنفلت منى حتى تقر كما أقرت.

فكان هذا من الإمام على كرم الله وجهه بيان بأن قول الحكمين إنما ينفذ برضا الزوجين واقرارهما، مما يدل على أنهما وكيلان، وإلاً لو كانا حكمين لنفذ حكمهما دون حاجة لإقرار وقبول الزوج(١).

وبهذا الرأى قال الشافعية والامام أحمد فى رواية عنه(٢).

---

(١) بحوث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية المجلد الأول ص ٤٩٥.

(٢) الأم للشافعى ج ٥ ص ١١٦، المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٤٨، ٤٩.

وذهب فريق أخر من الفقهاء إلى أنهما حاكمان فلهمـــا أن يجمعـــا وأن يفرقا وقد استدل أصحاب هذا الرأى بذات الأثر الذى روى عن الإمام على كرم الله وجهه، حيث قالوا أن الحكمين قد بعثهما الإمام على كرم الله وجهه من غير أن يكون للزوجين أمر في ذلك ولا نهى، كما أنهما لو كانا وكيلين لم يقل لهما أتدريان ما عليكما؟ إنما يقول أتدريان بما وكلتما، كمـــا أن الله عز وجل قد سمّاهما حكمين وللحكم فى الشريعة معنى يختلف عن معنـــى الوكيل فكان ذلك نصاً من الشارع عز وجل على أنهما حاكمين لا وكيلـــين كما روى أن عقيل بن أبى طالب تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعه فقالت: اصبر لى وأنفق عليك، وكان إذا دخل عليها قالت: يا بنى هاشم لا يحـــبكم قلبى أبداً، أين الذين أعناقهم كأباريق الفضة ترد أنوفهـــم قبل شفاههم، أين عتبة بن ربيعه؟ أين شيبة بن ربيعه؟ فيسكت حتى دخل عليها يومـــاً وهـــو بـــرم(١)، فقالت: أين عتبة بن ربيعه؟ قال: على يسارك فى النار إذا دخلت، فجاءت عثمان فذكرت له ذلك، فأرسل ابن عباس ومعاوية، فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بنى عبد مناف، فأتياهما فوجداهما قد سدا عليهما الباب وأصلحا أمرهما(٢).

فدل كلام ابن عباس ومعاوية على أن لهما كحكمـــين ســـلطة الجمـــع والتفريق وأنهما حاكمان فى الأمر(٣)، وهذا الرأى هو ما أخذ به الامام مالك

---

(١) برم الشيء أى سئمه وضجر به، فهو برم (المعجم الوجيز ص ٤٧)

(٢) تفسير القرطبى ج ٥ ص ١٧٦، والأم للشافعى ج ٥ ص ١١٦ وتكـــرر فـــى ذات الجزء ص ١٩٥.

(٣) بحوث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية – المجلد الأول ص ٤٩٦.

وأحمد فى الرواية الأخرى ورجحّه العلامة ابن القيم[1].

الرأى الراجح

٢٣٨- لعل الراجح – والله تعالى أعلم – أن الحكمين لهما وضع خاص فى الشريعة الاسلامية فما هما بالوكيلين ولا بالقاضيين الحاكمين بل هما أهل للتحكيم والصلح لا للحكم والقضاء فدورهما الإقناع والمصالحة والمناقشة فإن رأوا الاصلاح والجمع بين الزوجين كان على الزوجين أن يمتثلا لرأيهما، وإلاً فإن الحكمين يرفعان تقريرهما إلى القاضى الذى يأمر بما يراه من جمع أو تفريق، فليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين بدون إذنهما، وهذا الرأى هو ما ورد عند السادة الأحناف[2].

٢٣٩- وفى ما أوردناه من نصوص القانون رقم رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما يدل على أن المقنن المصرى قد أخذ بهذا الرأى.

حيث نصت المادة التاسعة منه على أنه ".... على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة "

ونصت المادة العاشرة على أنه " إذا عجز الحكمان عن الإصلاح.... اقترح الحكمان التطليق.......".

كما نصت المادة الحادية عشر على أنه " على الحكمين أن يرفعا

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٩٨، المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٤٩، زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ٦٣.

(٢) فتح القدير ج ١ ص ٤٦٣.

تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التى بنى عليها..."

كما أشار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ إلى هذا الدور للحكمين، فنص فى المادة (١٩) منه على أنه:

" فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله – قدر الإمكان – فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى.

كما نصت المادة (٢٠) من ذات القانون على أنه "....ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها حكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر....".

الباب الرابع

فى آثــار الخلــع

الباب الرابع
فى آثار الخلع

تمهيد وتقسيم

٢٤٠- لا بد أن الخلع يرتب عدة أثار، أولها وأظهرها هو وقوع الفرقة بين الزوجين - مع خلاف فى بيان نوع هذه الفرقة - كما يترتب على الخلع وجوب العدة، وأخيراً يجب أن نتناول أثر الخلع على الحقوق المالية للمرأة والأولاد.

وعلى هذا.. فسوف ينقسم هذا الباب إلى عدة فصول كما يلى:-

الفصل الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين.

الفصل الثانى: فى عدة المختلعة.

الفصل الثالث: فى الحقوق المالية.

الفصل الأول

فى وقوع الفرقة بين الزوجين

٢٤١- فبالخلع تقع الفرقة بين الزوجين إذ هى المقصود منه، ولأجلها بذلت المرأة مالها.

وقد اختلف الفقهاء فى نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب الخلع وذلك على ثلاثة آراء نعرضها فيما يلى:-

الرأى الأول

٢٤٢- ويرى أن الخلع طلاق بائن وهو ما قال به أبو حنيفة ومالك والشافعي ورواية عن الامام أحمد، وروى ذلك عن كثير من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن وعطاء، كما روى عن عثمان وعلى وابن مسعود من الصحابة.

وقد صرح بذلك فقهاء المذاهب فى مصنفاتهم المختلفة فيقول السرخسي فى المبسوط " والخلع عندنا تطليقة بائنة"(١).

ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد " وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق بائن وبه قال مالك"(٢).

ويقول الإمام الشافعى فى الأم ".. وأما نحن فنجعل الطلاق كله يملك الرجعة إلا طلاق الخلع"(٣).

---

(١) المبسوط للسرخس ج ٦ ص ١٧١.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٥٧.

(٣) الأم للشافعى ج ٧ ص ١٧٤.

كما نص علماء الحنابلة المتأخرون على أن الخلع طلاق بـــائن، فجـــاء بكشاف القناع " والخلع طلاق بائن"[١].

الرأى الثانى

٢٤٣- ويرى أن الفرقة الواقعة بالخلع طلاق رجعي، فللزوج أن يراجع زوجته فى العدة على أن يرد عليها ما أخذ منها.

وهو رأى الظاهرية، وفى هذا يقول الامام ابن حزم " وأما هل الخلـــع طلاق بائن أو رجعى، فقالت طائفة هو طلقة بائنة، وأما من قال إن الخلـــع طلاق رجعى فكما روينا عن سعيد ابن المسيب أنه قال فى المختلعـــة: إن شاء أن يراجعها فليردد عليها ما أخذ منها فى العدة وليشهد على رجعتها ".. ثم يقول ابن حزم وما وجدنا قط فى دين الاسلام عن الله تعـــالى ولا عـــن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاقاً بائناً لا رجعة فيه إلاّ الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التى لم يطأها ولا مزيد، أما ما عدا ذلك فأراء لا حجة فيهـــا، وأما رده ما أخذ منها فإنما أخذه لئلا تكون فى عصمته، فإذا لم يـــتم لهـــا مرادها فمالها الذى لم تعطه إلاّ لذلك مردود عليها"[٢].

وقريب من هذا ما قاله فقهاء الجعفرية من أن الخلع طلاق بائن ويصير رجعياً إذا رجعت المختلعة فى العوض الذى بذلته لزوجها، فيكون لزوجها حق مراجعتها ما دامت فى العدة[٣].

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١٢٨.

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٩-٢٤٠.

(٣) المختصر النافع فى فقه الإمامية ص ٢٨٠.

الرأى الثالث

٢٤٤- ويرى أن الخلع فسخ وليس طلاقاً، ويذهب إلى ذلك الامام أحمد بن حنبل فى رواية عنه، والشافعى فى القديم[١]، وروى عن ابن عباس وبه قال طاووس وعكرمة واسحاق وأبو ثور.

وقد ذكر ابن قدامه أقوال من ذهب إلى أن الخلع طـــلاق فقــال: لكــن ضعّف أحمد الحديث عنهم وقال: ليس فى الباب شئ أصح من حديث ابـــن عباس أنـــه فسخ[٢].

التفرقة بين الطلاق والفسخ

٢٤٥- فالطلاق انهاء لعقد الزواج فى الحال إن كان بائناً أو فى المـــآل إن كان رجعياً، والفسخ نقض للعقد ورفع له إما من أساسه وأوله كان لـــم يكن كما فى الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة، وإما من وقت وقوع سببه كمـــا فى ارتداد أحد الزوجين.

---

(١) نص عليه الشيرازى فى المهذب فقال " فإن خالعها بصريح الخلع نظرت فإن لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال أحدها: أنه لا يقع به فرقة وهو قوله في الأم لانه كنايـــة في الطلاق نية فلم يقع بها فرقة كما لو عريت عن العوض والثاني: أنه فسخ وهـــو قوله في القديم لانه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقا لان الطـــلاق لا يقـــع إلا بصريح أو كناية مع النية والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معـــه نيـــة الطـــلاق فوجب أن يكون فسخا، والثالث أنه طلاق وهو قوله في الإملاء وهو اختيار المزني لانها إنما بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك إيقاعها هي الطـــلاق دون الفـــسخ (المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٧٢).

(٢) المغنى لابن قدامه ج ٨ ص ١٨٥.

وهذا التقسيم يظهر أثره فى أمور منها:

أولاً: أن الفرقة التى هى طلاق تحسب من العدد الذى يملكه الزوج من التطليقات فلو عادت إليه بعد الطلاق عادت بما بقى من الثلاث، والفرقة التى هى فسخ لا تحسب منها، فلو كان فسخاً فإن للمخالع أن يعيد الزوجة بعقد نكاح جديد وإن تكرر منه الخلع، لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلاقات الذى يملكه الزوج على زوجته.

ثانياً: أن الطلاق غير المكمّل للثلاث يلحقه الطلاق فى العدة لأن العقد باق بعده، وأما الفسخ فلا يلحقه طلاق فى العدة لأن الفسخ نقض للعقد فلا محل له[1].

أدلة الجمهور:

٢٤٦- استدل الجمهور على أن الخلع طلاق لا فسخ بالكتاب والسنة:

أولاً :- من الكتاب:

قال الله تعالى " الطلاق مرتان " ثم ذكر حكم الافتداء المراد به الخلع فى هذه الآية ثم ذكر حكم ما يترتب على الطلقة الثالثة من غير أن يذكرها فقال تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " فدل ذلك على أن الخلع هو الثالثة[2].

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام لفضيلة الدكتور / محمد مصطفى شلبى ص ٤٨٣ وص٤٨٤

(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٩، تفسير القرطبى ج ٢ ص ٩٥٢.

ثانياً :- من السنة :

ما روى فى حديث ثابت بن قيس أن امرأته جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنى ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ولكنى أكره الكفر فى الاسلام فقال: رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة(١).

فقد صرح الحديث الشريف بلفظ الطلاق وليس فيه ما يدل على أن الخلع فسخ فكان دليلاً على أن الخلع طلاق لا فسخ.

ثم عاد هذا الفريق واختلف حول نوع الطلاق الواقع بالخلع هل هو طلاق رجعى أم بائن، على النحو الذى أسلفنا بيانه، واستعراضه عند ذكر الآراء وقد بينّا عندها حجة الظاهرية فى مخالفة الجمهور والقول بأنه طلاق رجعى.

أدلة الرأى القائل بأنه فسخ:

٢٤٧- استدل من قالوا بأن الخلع فسخ بالكتاب والسنة وعمل الصحابة والمعقول:

أولاً : من الكتاب:

فقد قال الله سبحانه وتعالى فى كتابة الكريم " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " فقد وردت هذه الآية بعد قوله تعالى " الطلاق

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٦.

مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[١] وبعد ذكر الخلع فـــى قولـــه تعالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ومعنى ذلك أن يكون هناك طلاق رابع إذا اعتبرنا الخلع طلاقاً، فاقتــضى ذلك أن يكون فسخاً لا طلاقاً[٢].

أى أنهم استندوا إلى نفس الآية الكريمة، ولكنهم رأوا أن الله تعالى قــد ذكر الطلقة الثالثة فى قوله " فإن طلقها فلا تحل له.... الآية " فيكون الخلع بخلاف الطلاق.

ثانياً: من السنة وعمل الصحابة:

١) ما روى فى حديث ثابت بن قيس أن النبى صلى الله عليه وسلم قـــال لثابت: خذ الذى لها عليك وخل سبيلها فقال نعم فأمرها الرسول صلى الله عليه وسلم أن تتربص بنفسها حيضة واحدة وتلحق بأهلها[٣].

٢) ما روى عن ابن عباس حينما سأله إبراهيم بن سعد عن رجل طلـــق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أينكحها؟ قال ابن عباس: نعم ذكر الله الطلاق فى أول الآية وفى آخرها والخلع بين ذلك فليس الخلع بـــشئ، فدل ذلك على أنه فسخ.

٣) وما روى عن نافع مولى ابن عمر أنه سمع الربيع بنت معـــوذ بـــن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بـــن عفان، فجاء عمها إلى عثمان فقال إن ابنة معوذ اختلعت من زوجهـــا

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٢) تفسير القرطبى ص ٩٥٢.

(٣) رواه النسائى ج٣ ص ٣٨٣.

اليوم افتنتقل؟ فقال عثمان: لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل فقال ابن عمر " عثمان أخبرنا وأعلمنا"[1]، فهذه الآثار تدل على أن الخلع فسخ وليس بطلاق.

ثالثاً: من المعقول:

- قالوا: إن الخلع والطلاق يختلف أثر كل منهما عن الآخر، وذلك أن الله تعالى قد رتب على الطلاق بعد الدخول ثلاثة أحكام كلها غير موجودة في الخلع وهي:-

١) أن الزوج أحق بالرجعة في الطلاق ما دامت الزوجة في العدة.

٢) أن الطلقة الواحدة محسوبة مما يملكه الرجل على زوجته من الثلاث فلا تحل له بعد استيفاء الثلاث إلا بعد دخولها بزوج آخر.

٣) أن العدة تستتبع الطلاق وأن العدة في الطلاق ثلاثة قروء.

وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع وثبت بالسنة أن المختلعة تستبرئ بحيضة واحدة وثبت كذلك جواز الخلع بعد تطليقتين ووقوع طلقة ثالثة بعد حدوثه، فدل ذلك على أن الخلع فسخ لا طلاق[2].

٢٤٨ - ويمكن مناقشة أدلة أصحاب هذا الرأي بما يلي:-

أولاً: أن الآية ليست صريحة فيما ذهبوا إليه ولا تدل على أن الافتداء الوارد بها يعني فرقة تلي التطليقتين، بل الظاهر من معناها أنها أفادت أن

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٦، سبل السلام ج ٣ ص ١٦٧، ص ١٦٨.

(٢) فرق النكاح للأستاذ الشيخ / علي الخفيف ص ١٩٠.

الطلاق مرتان، وأن التطليق فى هاتين المرتين لا يصح فى نظير عوض يأخذه الزوج من زوجته إلا إذا خيف ألا يقيما حدود الله، وبذلك دلت الآية على أن الطلاق يجب أن يكون مجرداً عن أخذ العوض إلا فى حالة واحدة هى حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله.

ثم قال الله تعالى بعد ذلك (فإن طلقها) أى بعد هاتين التطليقتين سواء أكانت بعوض أم بغير عوض فلا تحل له بعد ذلك حتى تنكح زوجاً غيره، وبهذا يتبين أن الآية ليست صريحة فيما ذهبوا إليه من معنى وأن الاستدلال بها على أن الخلع فسخ لا دليل عليه منها(١).

ثانياً: أن ما استدلوا به من السنة من بعض الروايات فى حديث ثابت ابن قيس ليس فيها كذلك ما يدل على أن الخلع فسخ لأن روايات حديث ثابت ليست واحدة بل منها ما صرح فيه بالطلاق كما فى رواية ابن عباس، ومنها ما صرح فيه بغير لفظ الطلاق كما ورد فى رواية الربيع بنت معوذ كلفظ (خل سبيلها) و (فارقها).

وقد يكون المراد من هذه الألفاظ أن يكون تركها ومفارقتها وتخلية سبيلها بالتطليق لأنها هى الفرقة المعروفة ويكون المعنى وفارقها بتطليقها ونحو ذلك، وعليه لا تكون هذه الألفاظ دالة -دلالة قطعية- على أن الخلع فسخ(٢).

أما ما استدلوا به من بعض الروايات التى قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت (اعتدى بحيضة) وأن عدة الطلاق ثلاث حيضات،

---

(١) تفسير القرطبى ٩٥٢ ص.

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥١.

فهذا لا يفيدهم كذلك لأن اعتداد المختلعة بحيضة لا يلزم منه أن يكون الخلع فسخاً بل يجوز أن يكون طلاقاً وعدته حيضة واحدة لا ثلاث على فــرض صحة الروايات الدالة على ذلك، لأن أمر العدة وتقديرها يرجع إلى الشارع الحكيم وله أن يجعل العدة ثلاث حيضات فى بعض أنواع الطلاق وحيضة واحدة فى نوع آخر(١).

ثالثاً: أن ما استدل به أصحاب هذا الرأى من المعقول واختلاف الأثــر المترتب على كل من الطلاق والخلع فهذا أيضاً لــيس بــدليل لأن الآثـــار المترتبة على الخلع منها ما لا يتنافى مع جعله طلاقاً -كانتفاء المراجعــة- وذلك إذا اعتبرناه طلاقاً بائناً، ومنها ما هو محل للنزاع والخلاف - كعــدة المختلعة - فلا يصلح دليلاً عند من يقول بخلافه.

الترجيح:

٢٤٩ - وبعد استعراض أدلة الفريقين ومناقشة أدلة الرأى القائل بــأن الخلع فسخ، وقد ظهر لنا أنه لم يسلم لهذا الفريق دليل على ما ذهبوا إليه من أن الخلع فسخ وليس بطلاق.

نستطيع أن نرجح ما ذهب إليه الجمهور من أن الخلع طلاق ينقص عدد التطليقات التى للرجل على زوجته، وذلك لصحة ما ذهبوا إليه وما استدلوا به.

ونرى أنه بائناً وليس رجعياً، ونضعّف الرأى القائل بأنه طلاق رجعى، كما ضعّفه شيخ الإسلام ابن تيمية فقال " إن مقصود الإفتداء لا يحــصل إلا

(١) المرجع السابق – نفس الموضع.

مع البينونة ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلافاً بين المسلمين"(١).

كما نص ابن قدامة عليه فقال " قوله تعالى (فيما افتدت به) يدل على أن الفرقة بالخلع لا تكون فداء بالطلاق الرجعى، لأنها لا تكون فداء إلا إذا خرجت عن سلطان الزوج، ولا تخرج عن سلطانه إلا إذا وقعت البينونة دون أن يكون للزوج حق الرجعة، ولأن القصد من الخلع إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر ولأن المرأة إنما بذلت المال لتملك نفسها فلا يملك الزوج ارجاعها بإرادته، فالقول بأن الفرقة بالخلع طلاق رجعى يناقض طبيعة الخلع وحكمة تشريعه"(٢).

٢٥٠- وقد وجدنا من العلماء المحدثين من يميل إلى اعتبار الخلع فسخ وليس طلاقاً وفقاً للمعتمد من مذهب الإمام أحمد بن حنبل وهو ما رجّحه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم(٣)، كما وجدنا من وافق الجمهور فيما ذهبوا إليه ومنهم فضيلة الشيخ على الخفيف رحمه الله الذى رجّح كون الخلع طلاقاً لا فسخاً، غير أنه عاد وقرر أنه " ولعل الأرفق بالناس أن يعد الخلع فسخاً لا طلاقاً"(٤).

ذلك أنه إذا جعلنا الخلع فسخاً فلا يدخل فى عدد الطلقات ولا يحسب

(١) فتاوى الإمام بن تيمية ج٣ ص٣٢، وان كان الإمام بن تيمية يرى أن الخلع فسخاً وليس طلاقاً بحال، لا رجعياً ولا بائناً.

(٢) المغنى لابن قدامه ج٧ ص ٦٠

(٣) المفصل للأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان ج٨ ص ٢٢٢

(٤) فرق النكاح للأستاذ / على الخفيف ص ١٩٠.

من الثلاث.

وإذا جعلناه طلاقاً كان محسوباً من الثلاث فقد يطلق الرجل امرأته تطليقتين ثم يخالعها فإذا اعتبرناه طلاقاً فلا تحل له الزوجة إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره ويدخل بها أما إذا جعلناه فسخاً كان للزوج أن يتزوجها ثانية بما بقى له عليها من تطليقة باقية.

فيظل الراجح عنده فقهاً ما عليه جمهور الفقهاء، مع اتساع الأمر لأهل الفتوى فى اختيار الرأى الأنسب للزمان والمكان والأرفق بالناس عند افتائهم.

الفصل الثانى

فى وجوب العدة

تمهيد وتقسيم

٢٥١- العدة فى اللغة هى إحصاء الشيء، يقال: عددت الشيء أى أحصيته إحصاء[١].

وفى اصطلاح الفقهاء: هى مدة قدرها الشارع تلزم المرأة مراعاة أحكامها عند وقوع الفرقة بينها وبين زوجها[٢].

٢٥٢- وقد دل على وجوبها الكتاب والسنة والإجماع مما يعرف فى مظانه من كتب الفقه، وقد حاول الفقهاء أن يستجلوا الحكمة من تشريع العدة فمن قائل: هى لبراءة الرحم والتأكد من عدم حملها من زوجها الذى فارقته، ومن قائل: أنها لتمكين الزوج من مراجعة زوجته فى الطلاق الرجعى إذا تبين له تسرعه وتعجله فى إيقاع الطلاق، كما أنها تكون لإظهار الحزن إذا كانت لوفاة الزوج[٣].

وفى الحديث عن عدة المختلعة نقصر حديثنا على بيان عدة المختلعة وأراء الفقهاء فى ذلك وأدلة كل منهم، ثم نبين إذا كان يلحق المعتدة من الخلع طلاق أو ظهار أو إيلاء وذلك على مبحثين هما:

المبحث الأول: فى بيان عدة المختلعة

المبحث الثانى:هل يلحق المختلعة طلاق أو ظهار أوإيلاء؟

---

(١) لسان العرب ج٤ ص٢٧٢

(٢) المفصل فى أحكام المرأة وبيت المسلم د / عبد الكريم زيدان ج٩ ص ١٢١

(٣) المرجع السابق - ج٩ ص١٢٣.

المبحث الأول
فى بيان عدة المختلعة

٢٥٣- من آثار الخلع وجوب العدة على المختلعة إذا وقع الخلع بعد الدخول، فيجب على المرأة المختلعة أن تتربص بنفسها زمن العدة بعد إتمام الخلع.

وقد اختلف الفقهاء فى بيان عدة المختلعة إلى رأيين نعرضهما فيما يلى:-

الرأي الأول:

٢٥٤- ويرى أن المختلعة تعتد بحيضة واحدة تستبرئ بها رحمها، وهو رأى عثمان بن عفان وأبى ثور ورواية عند الإمام أحمد بن حنبل وهى الرواية المختارة عند الإمام ابن تيمية[١].

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلى:

أولاً: من السنة:

بما روى عن الربيع بنت معوذ أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثابت فقال: خذ الذي لها عليك وخل سبيلها فقال: نعم، فأمرها الرسول أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها[٢].

(١) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٧٨،، مجموع فتاوى الإمام بن تيمية ج ٣٢ ص ٣٢٤

(٢) سنن النسائى ج ٦ ص ١٦٨، وزاد الميعاد لابن القيم ج ٤ ص ٤١٥.

فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة واحدة.

ثانياً: من المعقول:

أن عدة المختلعة ما هي إلا استبراء للرحم، ويكتفى في ذلك بحيضة واحدة كالمسبية والأمة المشتراة(١) والمعنى أن براءة الرحم تعرف بحيضة واحدة، فإذا كان المقصد من عدة المختلعة هو التأكد من براءة الرحم فقد تم ذلك بالحيضة الواحدة.

الرأي الثاني:

٢٥٥- ويرى أن المختلعة تعتد بما تعتد به المطلقة وهو ثلاثة قروء إن كانت من ذوات الحيض أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً أو غير ذلك.

وبهذا الرأى قال الشافعي وأحمد في الرواية الثانية والظاهرية(٢).

واستدل أصحاب هذا الرأى بما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله تبارك وتعالى ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾(٣)

ويقول جل شأنه ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ

(١) زاد الميعاد ج ٤ ص ٤١٦.

(٢) الأم ج ٥ ص ١٨١، المغنى ج ٩ ص ٧٨، المحلى ج ١٠ ص ٢٣٩، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٠.

(٣) البقرة - الآية رقم ٢٢٨.

فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾[1]

ويقول عزّ من قائل: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[2].

ووجه الدلالة: أن الحديث فى هذه الآيات عن العدة يشمل جميع أنواع الفرقة

كما أن لفظ المطلقات فى الآية الأولى لفظ عام يشمل المختلعة، فتدخل المختلعة فى هذا الحكم.

ثانياً: من السنة:

ما رواه الإمام مالك فى الموطأ عن عبد الله بن عمر أن عدة المختلعة عدة المطلقة، وعن مالك أيضاً أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب الزهرى، كانوا يقولون: عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء[3].

الرأى الراجح

٢٥٦- لعل الراجح - والله تعالى أعلم - رأى الجمهور القائل بأن عدة المختلعة كعدة المطلقة.

- فالرواية التي استدل به أصحاب الرأي الأول يقول عنها الامام القرطبى " فالحديث مضطرب من جهة الإسناد والمتن فسقط الاحتجاج به في أن الخلع فسخ وفى أن عدة المطلقة حيضة وبقي قوله تعالى والمطلقات

(١) الطلاق - الآية رقم ٤.

(٢) الطلاق - الآية رقم ٢.

(٣) تفسير القرطبى ج ٣ ص ١٤٤.

يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء نصا في كل مطلقة مدخول بهـا"[1] كمـا أن الرواية مناقشة برواية البخارى التي ورد فيها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لثابت بن قيس " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة " ولم يرد بهذه الرواية مـا يدل على أن عدتها حيضة، فدل على أن المختلعة يلزمها فى العدة ما يلـزم المطلقة.

- كما أنه لو يكتفى فى العدة بحيضة واحدة كعلامة على براءة الـرحم لكانت عدة المطلقة بائناً أو المفسوخ عقدها للعنّة حيضة واحدة، وهو ما لم يقل به أحد من الفقهاء.

- وقد أورد ابن قدامة أن المختلعة فى حكم المطلقة، وأن ما استدل بـه الفريق الآخر فهـو خبر آحاد ولا يترك النص وهـو الآية الكريمة بخبـر الآحاد[2].

(١) الموطأ ص ٤٦٩، والمغنى ج ١١ ص ١٩٥.
(٢) المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ١٩٦.

المبحث الثانى

فى مسالة هل يلحق المختلعة طلاق وظهار وايلاء؟

٢٥٧- إن كنا قد سبق أن تحدثنا عن أن المختلعة لا تلحقها الرجعة عند تناولنا لنوع الفرقة الواقعة بالخلع - بترجيح الرأى القائل أن الفرقة بالخلع طلاق بائن - فقد تحدث الفقهاء عند تناولهم لعدة المختلعة عن مسألة هل يلحق المرأة الطلاق أو الظهار أو الايلاء فى عدتها من الخلع، ونعرض فى هذا المبحث لآراء الفقهاء حول هذه المسألة:

الرأي الأول:

٢٥٨- ويرى أن الزوجة المخالعة يلحقها الطلاق والظهار والايلاء ما دامت فى العدة، وإليه ذهب بعض الحنفية والظاهرية، وروى عن الثورى والأوزاعى وسعيد ابن المسيب[1].

أدلة هذا الرأي:

استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ ﴾[2].

فقد شرع الله تعالى الطلاق بعد ذكر الخلع، لأن حرف الفاء فى قوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد " يفيد التعقيب مما يستدل به على أن المختلعة قد يلحقها الطلاق أو الظهار أو الايلاء.

---

(١) حاشية بن عابدين ج ٢ ص ٧٧٨، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٧.

(٢) البقرة - الآية رقم ٢٣٠.

الرأي الثانى:

٢٥٩- ويرى أن فرقة الخلع هي فرقة بينونة فلا يلحق المختلعة طلاق ولا ظهار ولا إيلاء أثناء العدة، وكذا لا توارث بينهما إذا مات أحدهما أُثناء العدة لأن المرأة لا تعد زوجة فى هذه الحالة.

وذلك بخلاف المطلقة طلاقاً رجعياً فيلحقها كل ذلك ما دامت فى العدة.

وقد قال بهذا الرأي الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية والشيعة الإمامية وهو مذهب ابن عباس وابن الزبير والحسن البصرى وأبى ثور وغيرهم[١].

أدلة هذا الرأي:

- استدل أصحاب هذا الرأي بما روى عن ابن عباس فى رجل اختلع من امرأته ثم طلقها بعد الخلع، فقال: لا يحسب شئ من ذلك فإنما طلق من لا يملك[٢].

- كما استدلوا بأن المختلعة ليست زوجة وليست فى معنى الزوجة بحال من الأحوال إذ انتهت الزوجية بالخلع، وإلا لما كانت هناك فائدة من بذلها المال مقابل افتداء نفسها - كما سبق بيان ذلك عن الحديث عن نوع الفرقة الواقعة بالخلع.

٢٦٠- ولعل هذا الرأي هو الراجح - والله تعالى أعلم - لاتساقه مع أنه لا يلحق بالمختلعة الرجعة، ولنقله عن الصحابة.

---

(١) الأم ج ٥ ص ١٨١، المغنى ج ٨ ص ١٨٣، حاشية بن عابدين ج ٢ ص ٧٧٨ شرائع الاسلام ص ٣١٩.

(٢) المغنى ج ٨ ص ١٨٣.

الفصل الثالث

فى الحقوق المالية

تمهيد وتقسيم

٢٦١ - إذا وقع الخلع بين الزوجين وجب العوض، فيملكه الزوج وتلتزم الزوجة بتسليمه إلى الزوج إن لم يكن قد تسلمه، وقد تحدثنا عن العوض كركن من أركان الخلع بما فيه التفصيل والكفاية عن ذكره هنا.

ويبقى الحديث عن الحقوق المالية للمرأة المختلعة كنفقتها أثناء العدة،

وإذا كان استحقاق المطلقة للنفقة والسكنى لم يكن محل اتفاق بين الفقهاء، فالأولى أن يثار النقاش كذلك حول حق المختلعة التى طلبت الفرقة بنفسها وأعطت من مالها لتحصل على الخلع.

كما يجب أن نتناول حقوق الأولاد تجاه أبيهم، وهل يؤثر الخلع على حقهم فى النفقة من عدمه، وهو ما نبينه فى مبحثين مستقلين كما يلى:

المبحث الأول: فى نفقة المختلعة

المبحث الثانى: فى حقوق الأولاد

المبحث الأول
فى
نفقة المختلعة

٢٦٢- اختلفت آراء الفقهاء فى نفقة المختلعة – أثناء عدتها- فمنهم من قال بأن لها السكنى فقط ومنهم من قال لها السكنى والنفقة ومنهم من قال ليس لها سكنى ولا نفقة، وسبب اختلافهم فى وجوب النفقة للمخالعة أثناء العدة هو هل النفقة تجب لها لكون الرجل يملك الاستمتاع بها أم لكون المرأة محبوسة لحق الزوج[١]؟

ونعرض ذلك على النحو التالى:

الرأى الأول:

٢٦٣ – يرى جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة[٢] أن المختلعة والمعتدة من طلاق بائن تجب لها السكنى فقط دون النفقة إذا كانت غير حامل، وتجب لها السكنى حتى ولو أسقطتها الزوجة وذلك لما فيها من حق الله سبحانه وتعالى، ولأن فى إسقاطها اسقاط شئ لم يجب على الزوج بعد، أما إذا كانت المختلعة أو المطلقة طلاقاً بائناً حاملاً فلها السكنى والنفقة كذلك بسبب هذا الحمل.

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٦.

(٢) حاشية الباجورى على ابن قاسم ج ٢ ص ١٧٤، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٥٠٨، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧٤، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٠١، شرح منتهى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ٣٥١.

٢٦٤ – وقد استدل أصحاب هذا الرأى بالقرآن الكريم:

– فقد قال تعالى ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾[١] فالآية صريحة في وجوب حق السكنى للمطلقات والمختلعة منهن باعتبار الخلع طلاقاً.

وقال تعالى﴿ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[٢].

وتدل الآية الكريمة على نفقة الحامل أثناء عدتها، ودلت بمفهومها على أن غير الحامل لا نفقة لها، وإلا لما كان لتخصيصها بالذكر فائدة.

الرأى الثانى:

٢٦٥– وهو مذهب الحنفية والظاهرية[٣] ويقولون بأنه يجب للمعتدة من الخلع أو من الطلاق بالبائن السكنى والنفقة أثناء عدتها، ولا تسقط عن الزوج إلا بذكرها والنص على سقوطها، أما لو سكتت الزوجة عنها عند المخالعة فتظل واجبة وقد نقل ذلك عن عمر بن الخطاب وكثير من التابعين.

٢٦٦– وقد استدل أصحاب هذا الرأى بالكتاب والسنة:

(١) سورة الطلاق– الآية رقم ٦

(٢) سورة الطلاق – الآية رقم ٦

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٧٩، ٢٨٠ اللباب ج ٢ ص ٢٨، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٤.

أولاً: من الكتاب:

- فقد قال الله سبحانه وتعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ ﴾[1]. فقد دلت الآية على النهى عن إخراجهن مما يقتضى وجوب السكن والنفقة لهن ويؤيد ذلك قوله سبحانه وتعالى فى الأية الأخرى " أسكنوهن من حيث سكنتم " فدل ذلك على أن لها السكنى والنفقة، كما أن الآية الأولى عامة فى عدم إخراجهن الأمر الذي يستتبع النفقة.

ثانياً السنة:

ما رواه الإمام مسلم فى صحيحه عن الشعبى: أنه حدث بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، فأخذ الأسود بن يزيد كفاً من حصى، فحصبه به وقال: ويلك تحدث بمثل هذا؟ فقال عمر بن الخطاب: لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا ندرى حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله عز وجل " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"[2].

ويؤيد ما روى عن عمر بن الخطاب من رده حديث فاطمة بنت قيس أن

(١) سورة الطلاق- الآية رقم ١

(٢) شرح النووى على صحيح مسلم ج١٠ ص١٠٣، ونيل الأوطار ج٦ ص٣٣٩، والآية رقم ١/ الطلاق.

المبتوتة لها السكنى والنفقة، والمختلعة شأنها شأن المطلقة ثلاثاً، فدل ذلك على وجوب السكنى والنفقة لها.

الرأى الثالث:

٢٦٨- وهو مذهب الشيعة الزيدية والاباضية[١] فقالوا إذا تخالعت المرأة فلا سكنى ولا نفقة لها إلا إذا كانت حاملاً فتجب لها النفقة بسبب الحمل لأن الزوج قد شغلها بالحمل وقد يكون الحمل سبباً فى منعها من الكسب أو سبباً فى تقليل كسبها، وإليه ذهب ابن عباس والحسن البصرى و أبو ثور وغيرهم.

٢٦٩- وقد استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من عدم وجوب السكنى والنفقة لها بما روى عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال: والله مالك علينا من شئ، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة، وفى رواية " لا نفقة لك ولا سكنى "، وفى رواية أخرى " إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة " فدل ذلك على عدم وجوب شئ من ذلك لها[٢].

٢٧٠- ويرد على أصحاب هذا الرأى: بأن الحديث الذي استدلوا به معارض بما رواه عمر بن الخطاب من وجوب السكنى والنفقة لها، رغم

---

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ١٨٢، كتاب النيل وشفاء العليل ج ٧ ص ٣٩٧.

(٢) وردت روايات الحديث المذكورة كما يلى – بالترتيب – صحيح بن حبان ج٩ ص٣٥٦ وكذا فى صحيح مسلم ج٢ ص ١١١٤، ثم فى صحيح مسلم – نفس الموضع، ثم سنن النسائى ج٣ ص ٣٥٠.

علمه بالحديث – لا تركاً للسنة وحاشاه – وإنما لما ذكره من علة " لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا ندرى حفظت أو نسيت ".

– وقد روينا من قبل عن بن قدامة – بشأن عدة المختلعة – قوله " أن ما استدل به الفريق الآخر فهو خبر آحاد ولا يترك النص وهو الآية الكريمة بخبر الآحاد[1]، فكذا هنا لمّا رأى عمر بن الخطاب تعارض النص القرآنى مع خبر الآحاد، أرجع هذا التعارض إلى إحتمال نسيان الراوى وعدم حفظه، فأعمل الآية الكريمة ورد على فاطمة بنت قيس روايتها.

الترجيح

٢٧١– لعل الراجح – والله تعالى أعلم – هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى – وهم الحنفية والظاهرية – من أنه يجب للمعتدة من الخلع السكنى والنفقة أثناء عدتها، ولا تسقط النفقة عن الزوج إلا بذكرها والنص على سقوطها، أما لو سكتت الزوجة عنها عند المخالعة فتظل واجبة.

– وذلك لأن الخلع من المعاوضات، فلا يجوز أن يجب فيه إلا ما تراضى عليه الزوجان وسمياه فى الخلع، فلا يتعدى أثر الخلع إلى نفقتها.

لذلك فإن نفقة العدة – وهى من حقوق الزوجة – لا تسقط إلا بالنص الصريح عليها بأن تجعل عوضاً فى الخلع، أما السكنى فى العدة لا تسقط حتى بالاتفاق على سقوطها لأنها من حقوق الله تعالى يقول تعالى " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن " ثم يقول عز وجل ﴿ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ

(١) المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ١٩٦.

وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ﴾[1].

وهو ما نص عليه صاحب فتح القدير بقوله: نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما.... بل للمختلعة النفقة والسكنى، إلا إن اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى، لأنها حق الشرع[2].

كما جاء في البدائع: ولو خالعها على نفقة العدة صح، ولا يصح الخلع على السكنى، لأن السكنى تجب حقاً لله تعالى لقوله تعالى " ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " فلا يملك العبد اسقاطه[3].

٢٧٢- وقد جعل المقنن المصرى من شروط دعوى الخلع المنصوص عليها بالمادة رقم ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أن تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية - ومنها النفقة والسكنى - هذا بخلاف ردها الصداق الذى أعطاه لها.

- فجاء النص كما يلى ".....فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت الصداق الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه "

٢٧٣- ونرى أنه - مع وجود هذا النص - فإنه فى حالة التراضى بين

---

(١) سورة الطلاق - الآية رقم ١.

(٢) فتح القدير ج٣ ص ٢١٥.

(٣) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٥٣

الزوجين على الخلع يظل للمختلعة الحق فى النفقة والسكنى ما لم تتنازل عن النفقة فيكون لها السكنى فقط، باعتبار ذلك هو الراجح فى فقه الحنفية[١] و الشرط الوارد بالنص المستحدث خاص بحالة طلب الخلع عن طريق القضاء.

---

(١) تنص المادة الثالثة من مواد إصدار القانون على أنه " ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة "

المبحث الثانى
فى نفقة الأولاد

المراد بها

٢٧٤- يقصد بنفقة الأولاد: ما يكفى حاجتهم من طعام وشراب وملبس ومسكن ورضاع إن كان الولد طفلاً رضيعاً.

وقد جاء فى البدائع " والنفقة مقدرة بالكفاية بلا خلاف لأنها تجب للحاجة، فتقدر بقدر الحاجة، وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعاً، لأن وجوبها للكفاية، والكفاية تتعلق بهذه الأشياء"[١].

- وتشمل هذه النفقة أيضاً مصاريف العلاج إذا مرض الولد واحتاج إلى علاج لأن مصاريف العلاج تدخل فى حاجة المنفق عليه ولا غنى له عنها كالطعام والشراب والملبس والمسكن ولذلك اعتبرها القانون من بين مشتملات النفقة، حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ / فقرة ٣ على أنه " وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع ".

- كما تشمل هذه النفقة مصاريف الدراسة و التعليم، لأن التعليم يعتبر من حاجات الانسان كذلك وعلى الأخص المبادئ الأساسية للتعليم، ولقوله صلى الله عليه وسلم " طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة "[٢].

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٤ ص ٣٨.

(٢) سنن بن ماجه ج١ ص٨١، والترغيب والترهيب للمنذرى ج١ ص ٥٢

دليل وجوبها

٢٧٥- دلِ على وجوب نفقة الأولاد القرآن الكريم والسنة والاجماع.

فمن القرآن: قوله تعالى ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[١].

وقد جاء فى معنى هذه الآية أن " فيها دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد لعجزه وضعفه فجعل الله تعالى ذلك على يدى أبيه لقرابته منه وشفقته عليه، وسمى الله تعالى الأم لأن الغذاء يصل إليه بواسطتها فى الرضاعة "[٢].

ومن السنة: فمما روى عن أبى هريرة قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني[٣] فدل على وجوب نفقة الأقارب عامة ومنهم الأولاد لكونهم ممن يعولهم الإنسان.

ومن الاجماع: فقد ورد اجماع الأمة على وجوب الانفاق على الأولاد المحتاجين، كما ورد فى المغنى:.. وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم "[٤].

(١) سورة البقرة - من الآية رقم ٢٣٣.

(٢) أحكام القرآن لابن عربى ج ١ ص ٢٥٢.

(٣) رواه البخارى ج٥ ص ٢٠٤٨

(٤) المغنى لابن قدامه ج ١١ ص ٣٧٣.

الخلع على نفقة الأولاد وحضانتهم

٢٧٦-تقدم بحث ذلك عند الحديث عن عوض الخلع فى مطلب الخلع على بعض المنافع والحقوق ومنها الخلع على نفقة الصغير وحضانته.

وبيّنا رأى الجمهور فى جواز أن يكون العوض فى الخلع هو نفقة الصغير أو ارضاعه أو أجر حضانته ولم يخالف فى ذلك سوى الظاهرية حيث قالوا أن نفقة الصغير غير معلومة القدر وقد يزيد الأجر وقد ينقص فيؤدى ذلك إلى المنازعة.

كما أن الزوجة لا تملك هذه النفقة إذ أنها حق للصغير فمخالعتها بما لا تملك باطلة وظلم للصغير[١].

وقد رد الجمهور على ذلك بأن المخالعة على نفقة الصغير ليس فيها مساس بحقه كما أن الجهالة فيها يسيرة محتملة غير متفاحشة[٢] فلو خالع الرجل زوجته على أن ترضع ولدها منه مدة الرضاعة بلا أجر فقبلت للزمها ذلك، فإذا لم تقم الزوجة بذلك كان للزوج أن يرجع عليها بأجرة إرضاع الطفل وهكذا.

وعلى هذا، فلا يكون الخلع على نفقة الصغير إسقاطاً لها وإنما يكون ذلك بأن تتحمل المرأة هذه النفقة وتكون مسئولة عنها بالقدر الذى تمت المخالعة عليه دون مساس بحق الصغير فى النفقة أياً كان نوعها، ومن ثم فإن الخلع لا يرتب أثراً على نفقة الصغير تجاه أبيه إلا إذا تحملت المرأة هذه النفقة أو قدر منها مقابل الخلع فتكون هى المسئولة عنها أو عن القدر

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٤٤.

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ١٣٢، حاشية بن عابدين ج ٢ ص ٧٨١.

الذى اتفق عليه.

٢٧٧-أما عن أثر الخلع على حضانة الصغير وإمساكه، ففى المسألة وجهان:

الوجه الأول: وهو أن يكون الخلع على أن تلتزم الزوجة بأجر الحضانة وإمساك الصغير لمدة معلومة، وقد نقل عن فقهاء الحنفية جواز ذلك بشرط عدم الاضرار بالصغير، و المثال لهذا لو اختلعت على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ يصح الخلع إذا كان الولد أنثى، أما فى الإبن فلا يصح، لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم، فإذا طال مكثه مع الأم تخلق بأخلاق النساء وفى ذلك من الفساد ما لا يخفى[(١)].

كما ذهب إلى ذلك الشافعية، ففى المهذب " وإذا خالعها على أن تكفل ولدها عشر سنين، وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها، فالمنصوص أنه – أى الخلع – يصح"[(٢)].

وإليه ذهب الحنابلة كذلك، فقالوا: لو خالعته على حضانة ولدها مدة معينة أو خالعته على نفقته مدة معينة كعشر سنين ونحوها صح الخلع ولو لم يصف النفقة، فلا يشترط ذكر قدر الطعام وجنسه [(٣)].

الوجه الثانى: وهو أن يكون الخلع على اسقاط حضانة الأم، وانتقال الصغير إلى حضانة أبيه وقد اختلف الفقهاء فى جواز ذلك.

فعند الحنفية، إذا اختلعت المرأة من زوجها على ان تترك ولدها عند

---

(١) المفصل فى أحكام المرأة وبيت المسلم د/ عبد الكريم زيدان ج ٨ ص ٢٠٤

(٢) المهذب للشيرازى ج١٦ ص ٢٣

(٣) المغنى لابن قدامه ج٧ ص ٦٥ و ٦٦

الزوج فالخلع جائز والشرط باطل، لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد، فإن كون الولد عندها أنفع له.... وإذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط (١).

وعند المالكية، يجوز أن يكون العوض فى الخلع هو اسقاط حضانة الأم لولدها، ففى الشرح الكبير " و جاز الخلع بإسقاط حضانتها - أي على إسقاطها للأب حضانتها لولده - وينتقل الحق له ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله "(٢).

٢٧٨- وتجدر الإشارة إلى أن المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية قد نصت على أنه " ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم "وهو ما يوافق رأى الظاهرية فى هذه المسألة.

---

(١) المبسوط للسرخسى ج٦ ص ١٦٩

(٢) الشرح الكبير ج٢ ص ٣٤٨

الخـاتمة

فى أهم النتائج التى نخلص إليها من البحث

فبعد أن وفقنا الله لإنهاء هذه البحث يمكننا أن نبرز فى هذه الخاتمة أهم النتائج التى توصلنا إليها من البحث، ونعرضها فيما يلى:-

أولاً:-

أن أحكام الخلع موجودة ومعروفة فى الفقه الاسلامى منذ عهد رســول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام وقد تعرض الفقهاء المسلمون لهذا الموضوع بالتناول والتفصيل لجميع جوانبه، وأنهم – وإن لم يفــردوا لــه مصنفاً مستقلاً فيما نعلم – إلاَّ أنهم خصّــوه بفصول وأبواب مطــولة فــى مصنفاتهم العامة وموسوعاتهم الفقهية.

ولعل ذلك يرجع إلى منهج التصنيف الذى كان سائداً لــديهم والــذى لا يقوم – فى أغلب الأحيان– على التخصص بقدر ما يقــوم علــى صــناعة الموسوعات ووضع الكتب الأمهات التى تحوى أبواب الفقه المختلفة.

ثانياً:-

أن أحكام الخلع فى الفقه الاسلامى جــاءت فى كثيــر مــن الأحيــان مختلطة ومتداخلة مع أحكام الطلاق، سواء من حيث موضعها فــى كتــب وأبواب الفقه، أو من حيث استصحاب أحكام الطلاق عنــد تنــاول أحكــام الخلع.

حتى جرت كلمة الفقهاء على أنه " من صح طلاقه صح خلعه "

ولعل السبب فى ذلك هو كون كل منهما نوعاً من أنواع الفرقــة ممــا

يجعل التشابة وارداً فى الكثير من أحكامهما.

ثالثاً:

أن جمهور الفقهاء يرون مشروعية الخلع كنوع من أنواع الفرقة بـين الزوجين، وأن لمشروعية الخلع حكمة جليلة إذ يُتوقى به التعدى لحدود الله التى حدها للزوجين من حسن المعاشرة وقيام كل منهما بما عليه من واجبات للآخر.

وهو من روائع التشريع الاسلامى الذى لم ينتقص من قدر المرأة ولم يكبل إرادتها وحريتها بل أعطاها الحق فى طلب الخلع لإزالة الضرر الذى يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه.

رابعاً:

أن الخلع – لأهميته – يحتاج إلى اللفظ فلا بد من ايجاب وقبول بين الزوجين، وليس للزوجين أن يشترطا فى الخلع ما ينافى مقصوده – كاشتراط الزوج أن يكون له حق مراجعة زوجته أثناء عدتها – و أن الإشهاد علي الخلع مطلوب شرعاً لتحقيق العلانية ودرء النزاع والخلاف عند الجحود والنكران، ولما فيه من ترو قبل إيقاع الفرقة بين الزوجين، كما أن الخلع يجوز التوكيل فيه لكلا الزوجين على ألا يتجاوز الوكيل حدود وكالته وأن يتحرى مصلحة موكله، ولا يصح الخلع من أجنبى، لسد الذرائع حتى لا تكون الأسرة المسلمة عرضة للصفقات والمساومات.

خامساً:

أنه إذا كان الخلع مشروعاً فإن تقاضى الزوج للعوض يكون مشروعاً كذلك،

وقد نص العلماء على أن ما صح أن يكون مهـراً فى النكاح صـح أن يكون عوضاً للخلع سواء أكان مالاً معلوماً أو منفعـة مقدرة بمال.

وقد اختلف العلماء فى قدر العوض الذى يجوز للزوج أخـذه، فأجـاز بعضهم أن يكون العوض برد الصداق الذى دفعه الزوج لزوجته أو بعضه أو ما يزيد عليه وذهب فريق آخر إلى أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ أكثر مما أصدق زوجته به، وقد رجحنا هذا الرأى الأخير.

سادساً:

أن الأصل فى طرفى الخلع أن يكونا على إرادة سليمة ورضاء كامـل عند إيقاع الخلع إذ أنه يقع بالتراضى بين الزوجين.

فلا يصح أن يسئ أحد الطرفين للآخر بقصد إيقاع الخلع كـأن يـسئ الرجل لزوجته لكى تفتدى نفسها منه، وكذا لا يكره الزوج على إيقاعـه إلاً أن يكون هذا الإكراه بحق كأن يرى القاضى تعسف الزوج فى الامتناع عنه وأنه يخشى على الزوجين ألا يقيما حدود الله فيوقع القاضى الخلع بدلاً مـن الزوج، وذلك لما للقاضى من ولاية عامة فى رفع المظالم، وهو ما يـشمله تقنين الطلاق للضرر والذى نظمه القانون رقم ٢٥ لـسنة ١٩٢٩ المعـدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

سابعاً:

أن الخلع لا يتوقف على حكم القاضى، إذ أن الأصـــل فيه التراضى بين طرفيه، وأنه يندب حكمان من ذوى العدالة ورجاحة العقل والقــدرة علـــى المصالحة والانتصاف للمظلوم لمحاولة الاصلاح بين الزوجين ولمّ شـــمل الأسرة، فلا يقع الخلع، ولا يحكم به القاضى إلاّ بعد فشل جميـــع الوســـائل التى وضعها الاسلام فى سبيل الحرص على بقاء الأسرة وتماسكها.

ثامناً:

أن الخلع يرتب عدة آثار هامة، فتقع الفرقة بين الزوجين مـــع وجـــوب العدة للمرأة، وأنه بالخلع يجب العوض فيستحقه الـــزوج وتلتـــزم الزوجـــة بسداده، كما تسقط حقوق الزوجة المالية عدا ما لها من سكنى ونفقة، ما لم تسقط نفقتها عند الخلع فيكون لها السكنى فقط.

ولا يؤثر الخلع على حقوق الأبناء فى النفقة أو الحضانة.

تاسعاً:

أن النص المستحدث رقم (٢٠) فى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية قد وافـــق الشريعة الاسلامية فى عدة جوانب، غير أنه نزع سلطة التقدير من القاضى عند قضائه بالخلع دون بحث لمدى تعسف الزوج فى رفض إيقاع الخلع من عدمه ودون بحث لتوافر الخوف من ألا يقيم الزوجان حـــدود الله فأطلقـــت المادة المذكورة حق الزوجة فى طلب الخلع مكتفية بقول مرســـل تقـــرره الزوجة أمام القاضى بأنها كارهة لزوجها وأنه لا سبيل لاســـتمرار الحيـــاة

الزوجية.

وكان الأجرى بالمقنن المصرى أن يجعل سلطة التقدير للقاضى حتى لا تكون الأسرة عرضة لنزوة عابرة أو غضبة ثائرة من المرأة فتزيد حالات الطلاق والخلع فى المجتمع، فى وقت يحتاج المجتمع المصرى والمجتمعات الاسلامية فيه إلى تقنينات تلم شعث الأسرة وتحافظ على استقرارها وتماسكها.

عاشراً:

أن طلب الخلع وإن كان حقاً للمرأة، فإن الحقوق فى الاسلام قد شرعت لغايات نبيلة وحكم جليلة، ومن ثم فإن الواجب على أصحاب هذه الحقوق أن يستعملوا حقوقهم فيما شرعت من أجله ومنحت فى سبيله، فلا ينحرفوا بها إلى أغراض غير مشروعة وإلاّ كانوا مناقضين لقصد الشارع الحكيم فى تشريعه لهذه الحقوق فكما يطالب الرجل بالتعقل والحكمة عند استعماله لحقه فى الطلاق كذلك تطالب المرأة بالتريث وموازنة الأمور عند طلبها للخلع.

وقد قال تعالى بعد ذكر الطلاق والخلع " ولا تتخذوا آيات الله هزوا واذكروا نعمة الله عليكم وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة يعظكم به، واتقوا الله واعلموا أن الله بكل شئ عليم "

والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،،،

الفهرس

الموضـــوع	الصفحة
مقدمـــة	٥
الباب الأول	
فى تعريف الخلع	
وبيان مشروعيته والحكمة من تشريعه	
الفصل الأول: في تعريف الخلع لغة وشرعاً وقانوناً	١٥
المبحث الأول: في تعريف الخلع لغة...........................	١٦
المبحث الثانى: في تعريف الخلع شرعاً........................	٢٠
المبحث الثالث: في الخلـــع قـــانوناً...........................	٣٠
الفصل الثانى: فى مشروعية الخلع والحكمة من تشريعه	٣٣
المبحث الأول: المجوزون للخلع وأدلتهم	٣٤
المبحث الثانى: المانعون للخلع وأدلتهم...........................	٤١
المبحث الثالث: الرأى الراجح وسبب الترجيح	٤٥
المبحث الـــرابع: الحكمة من تشريع الخلع......................	٥٠
المبحث الخامس: فى الحالات التى يجوز فيهـــا الخلـــع عنـــد القائلين بمشروعيته – وبيان الحكم التكليفى الذى يعتريه	٥٣
الباب الثانى	
فى أركان الخلع	
الفصل الأول: في صيغة الخلع................................	٦٦

الموضــــوع	الصفحة
المبحث الأول: الألفاظ التى يقع بها الخلع	٦٧
المبحث الثانى: في الإشهاد على وقوع الخلع	٧١
المبحث الثالث: في اقتران صيغة الخلع بشرط أو إضافتها إلى أجل	٧٤
الفرع الأول : شرط الخيار	٧٦
الفرع الثانى : اقتران صيغة الخلع بشرط الرجعة........	٧٧
المبحث الرابع: في الخلع بالمعاطاة........	٨٠
الفصل الثانى: في عوض الخلــــع	٨٥
المبحث الأول: في مشروعية أخذ العوض على الخلع	٨٦
المطلب الأول: شرط الشقاق والضرر بين الزوجين	٨٨
المطلب الثانى: شرط الكراهية من الزوجة........	٩٣
المطلب الثالث: حالة الكراهية من جانب الزوج	٩٦
المطلب الرابع: هل يجوز عضل الزوجة إذا ارتكبت الفاحشة ..	٩٩
المبحث الثانى: في مقدار العوض المخالع عليه........	١٠٢
المبحث الثالث: في ما يجوز أن يكون عوضاً للخلع........	١٠٨
المطلب الأول: شروط العوض إذا كان مالاً........	١٠٩
المطلب الثاني: الخلع على بعض المنافع والحقوق	١١٧
المبحث الرابع: في النزاع في العوض........	١٢١
الفصل الثالث : في طرفي الخلع........	١٢٨

الصفحة	الموضـــوع
١٢٩	**المبحث الأول:** في المخالع وما يشترط فيه........................
١٣١	**المطلب الأول :** في خلع الصغير والمجنون ....
١٣٦	**المطلب الثاني:** خلع المكـره........................
١٣٨	**المطلب الثالث :** خلع الهازل........................
١٤٠	**المطلب الرابع :** خلع الغضبان ....
١٤٢	**المطلب الخامس:** خلع السكران........................
١٤٧	**المطلب السادس:** خلع االمريض مرض الموت ....
١٥١	**المبحث الثاني:** في المخالعة وما يشترط فيها ....
١٥٢	**المطلب الأول:** سلامة إرادة الزوجة........................
١٥٣	**الفرع الأول:** حرمة الإساءة إلى الزوجة لتختلع ....
١٥٦	**الفرع الثاني:** خلع المريضة مرض الموت........................
١٥٩	**الفرع الثالث:** خلع الولى عن الزوجة ....
١٦٢	**المطلب الثاني:** كون الزوجة محلاً للخلع........................
١٦٤	**المطلب الثالث:** كون الخلع فى طهر لم يمسسها الزوج فيه .....

الباب الثالث

النيابة في الخلع

الصفحة	الموضوع
١٧٠	**الفصل الأول:** الوكالة في الخلع ....
١٧١	**المبحث الأول:** جواز الوكالة في الخلع........................
١٧٨	**المبحث الثاني:** في من تصح وكالته في الخلع ....

الموضـــوع	الصفحة
المبحث الثالث: في خلع الأجنبي...........................	١٨٢
الفصل الثاني: في مخالعة القاضي	١٨٩
المبحث الأول: في توقف الخلع على حكم القاضي	١٩٠
المبحـث الثاني: دور القاضي في اكراه الزوج على الخلع.....	١٩٥
المطـلب الأول: في اختيار ولي الأمر لرأي فقهي مختلف فيه وإلزام الناس به :...	١٩٦
المطلب الثاني: هل يجوز للقاضي اكراه الزوج على الخلع؟....	٢٠٠
المبحث الثاني: في الحكمين	٢٠٩
الباب الرابع **في آثار الخلع**	٢١٩
الفصل الأول: في وقوع الفرقة بين الزوجين....................	٢٢٠
الفصل الثاني: في وجوب العدة.................................	٢٣١
المبحث الأول: في بيان عدة المختلعة..........................	٢٣٢
المبحث الثاني: في مسألة هل يلحق المختلعة طلاق وظهـار وايلاء..	٢٣٦
الفصل الثالث: في الحقوق المالية	٢٣٨
المبحث الأول: في نفقة المختلعة...............................	٢٣٩
المبحث الثاني: في نفقة الأولاد................................	٢٤٦
فهرس المحتويات	٢٥٧